

LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA THÉORIE DES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le 10 novembre, à 14 heures

PAR

Gilbert BÉVIN

Président :	M. ROUAST, Professeur.
Suffragants :	M. ESMEIN, Professeur.
	M. HENRI MAZEAUD, Professeur.

IMPRIMERIE PAUL SURMÉLY
10, RUE DE LA SOURDIÈRE - PARIS

1942

LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA THÉORIE DES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE

THESE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIERES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le 10 novembre, à 14 heures

PAR

Gilbert BÉVIN

Président : M. ROUAST, Professeur.
Suffragants { M. ESMEIN, Professeur.
M. Henri MAZEAUD, Professeur.

IMPRIMERIE PAUL SURMÉLY
10, RUE DE LA SOURDIÈRE - PARIS

1942

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.*



LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA THÉORIE DES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE

INTRODUCTION

En jetant un coup d'œil, même superficiel sur les recueils de jurisprudence de ces vingt dernières années, le commentateur ne peut que sentir son attention retenue par les nombreuses et intéressantes décisions qu'a suscitées l'interprétation si délicate et si nuancée du pacte sur succession future. Les jugements, les arrêts, les notes doctrinales, les multiples articles parus dans les revues périodiques témoignent d'un regain de faveur pour une des notions les plus anciennes de notre droit privé.

Si ancienne, en effet, et si discutée — si disséquée serait peut-être un qualificatif plus juste — la prohibition des pactes sur succession future aurait pu décourager la pratique. Elle pouvait apparaître au vingtième siècle comme une de ces matières d'école enseignées dans les Facultés, qui excellent à développer le sens critique et l'esprit juridique des étudiants, mais non comme une source vivante de litiges entre les particuliers. Notre ouvrage a justement pour but de démontrer qu'une semblable opinion ne repose que sur des préjugés, et que la prohibition de pactes sur succession future est au contraire à l'époque moderne une des matières les plus « dynamiques » qui soient.

Depuis 1905, année où fut soutenue la remarquable thèse de M. NAST, plusieurs aspirants au titre de docteur en droit se sont penchés sur le problème qui, aujourd'hui, est l'objet de nos études. Néanmoins, nous avons pensé que la matière n'était pas épuisée et qu'il demeurerait possible de présenter la théorie des pactes sur succession future sous des aspects encore mal connus, car s'il est des questions que la pratique a définitivement réglées soit par l'affirmative, soit par la négative, sur quelques points essentiellement nouveaux, l'orientation de la jurisprudence n'est pas encore fixée d'une manière définitive.

OBJET ET PLAN DE NOTRE ETUDE

Le problème de la prohibition des pactes sur succession future ne saurait être cantonné dans un domaine particulier du droit privé; son originalité et sa difficulté à la fois consistent dans le fait qu'il est, si l'on peut s'exprimer ainsi, diffus dans un ensemble de disciplines juridiques. Il met en jeu des principes essentiellement variés. D'une part, la matière des pactes sur succession future touche au droit des obligations, de l'autre, au droit des successions et tend à déborder le cadre trop étroit du seul droit civil. C'est ainsi que les juristes ont recherché la présence de pactes sur succession future jusque dans des clauses d'actes de sociétés commerciales, qu'une pratique unanime et constante estimait licites.

Si nous essayons maintenant de qualifier d'un mot la jurisprudence contemporaine sur l'application de l'article 1130 du Code Civil, nous ne saurions mieux faire que de retenir ses hésitations. Quelques auteurs ont même prétendu que les juridictions, et surtout la Cour de Cassation, tendaient à se relâcher de la sévérité qu'elles témoignaient jadis à l'égard des pactes successoraux. Voici donc une première question à laquelle notre étude aura pour mission de répondre.

Mais il ne suffira pas de nous limiter à un problème de qualification. Sans doute ce travail constituera le point névralgique, la substantifique moëlle de notre ouvrage, mais ce ne serait envisager la question que du point de vue juridique, et il ne faut pas oublier que la prohibition des pactes sur succession future prend place moins sur le terrain de la technique juridique que de l'opportunité sociale. Il importera donc que, parallèlement à une étude technique, nous envisagions l'examen de cette jurisprudence sous l'angle de sa valeur sociale. A cet examen sera liée la critique des motifs traditionnellement invoqués à l'appui de la prohibition.

**

Les quelques idées générales que nous venons de dégager constitueront l'ossature des développements qui vont suivre; cependant, pour être complète, une étude de jurisprudence doit être doublement encadrée, en premier lieu par l'histoire, en second lieu, par un aperçu des perspectives de demain.

Une première tâche nous incombe donc : tracer, rapidement tout au moins, l'historique de la prohibition, en d'autres termes, insister sur les sources de la jurisprudence moderne. Il serait, en effet, chimérique de penser que les innombrables décisions intervenues depuis plus d'un siècle sur une notion juridique dont les origines remontent au droit romain, trouvent leur fondement dans les quelques articles, dans les quelques lignes que le Code Civil a consacrées à la prohibition des pactes successoraux. En réalité, le fondement

intime de la prohibition résulte d'une longue tradition historique qui, peu à peu, a cristallisé les motifs que la conscience de l'homme oppose à l'admission, sur le plan du droit positif, de la validité du pacte sur succession future.

Après cet historique, nous aurons à compléter la première partie de notre travail par l'étude des éléments constitutifs du pacte prohibé, tels que les conçoit l'école classique, ces développements n'ayant pour objet que de nous permettre d'aborder l'étude de la jurisprudence munis d'une connaissance suffisante de la prohibition. Cette première partie s'achèvera par le rappel des motifs invoqués à l'appui de l'article 1130 et par une discussion de leur bien-fondé et de leur raison d'être à l'époque moderne.

Tel sera l'aspect général de la première partie de notre thèse.

Au cours de la seconde partie, la plus importante, nous entrerons dans le vif du problème. Nous étudierons successivement les applications jurisprudentielles de la prohibition. Ces développements concerneront des clauses extrêmement variées dont le seul élément commun est la dissimulation plus ou moins nette d'un pacte sur succession future.

Cette étude n'embrassera d'ailleurs pas toutes les hypothèses qui se sont présentées à la sagacité des juges depuis un demi-siècle. Notre travail n'a d'intérêt que dans la mesure où il porte sur des problèmes dont la solution n'est pas encore définitive, ou qui tout au moins, dans un proche avenir, sont susceptibles d'être résolus différemment par la jurisprudence. Ce sont ces considérations qui nous permettront de ne traiter que superficiellement deux questions à propos desquelles il n'est pas loisible d'escompter dans un proche avenir un revirement jurisprudentiel, nous faisons allusion à la renonciation de l'ascendant donateur à son droit de retour légal et à la clause de conservation du fonds de commerce propre à l'époux prédécédé par le conjoint survivant. Ces deux cas d'espèce ont soulevé en doctrine une littérature considérable et des discussions passionnées; ils ont fait respectivement l'objet de deux arrêts de principe qui ont déclaré les clauses litigieuses frappées de nullité absolue, en tant que constituant des pactes sur succession future : la première décision, relative à la renonciation de l'ascendant donateur est un arrêt des Chambres Réunies du 2 juillet 1903 (D. P. 1903 — 1 — 353 — S. 1904 — 1 — 65 — note de M. LYON CAEN); la seconde, un arrêt de la Chambre Civile du 11 janvier 1933 (S. 1933 — 1 — 161 — Note de M. GENY — D. P. 1933 — 1 — 10 — note de M. CAPITANT). Nous avons jugé inutile de reprendre dans le détail une controverse qui semble désormais éteinte, et ce n'est que pour éviter le reproche d'être incomplet que nous présenterons un tableau sommaire des solutions acquises en pratique sur ces deux points. Nous aurons d'ailleurs l'occasion, au sujet de l'étude de la clause de continuation de la société de personnes entre les associés survivants de faire de nombreuses allusions au problème de la clause commerciale. Pour le surplus, nous ne pouvons que renvoyer le lecteur à l'excellente thèse de M. ZIMMERMANN (Nancy 1935) consacrée aux « Limites Extra-légales à la Prohibition des Pactes sur Succession Future » et qui contient sur ces questions le dernier état de la jurisprudence et de la doctrine.

Cette seconde partie terminée, il ne nous restera plus qu'à syn-

thétiser les enseignements dégagés de notre thèse et à esquisser une théorie générale du pacte sur succession future, c'est-à-dire à préciser sa qualification exacte. Enfin, il nous faudra répondre à la question qui nous est implicitement posée : est-il opportun d'attirer l'attention du législateur sur l'éventualité d'une réforme des articles 791, 1130 et 1389 du Code Civil ? L'examen de ces deux problèmes fera l'objet d'une troisième et dernière partie.

PREMIÈRE PARTIE

Historique - Caractères et Fondement de la prohibition des pactes sur succession future

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE DE LA PROHIBITION

Une étude complète de l'histoire de la prohibition des pactes sur succession future nécessiterait de longs développements étrangers à notre sujet, puisque nous en limitons volontairement l'étendue à l'examen de la jurisprudence moderne. La question a d'ailleurs été traitée avec d'amples détails dans la thèse de M. NASR à laquelle nous ne pouvons que renvoyer le lecteur désireux d'approfondir les données historiques de la prohibition. Mais nous ne pouvons nous permettre de passer sous silence l'aperçu, même bref, de ces données, car nous sommes en présence d'une matière qui ne procède pas, écrivions-nous plus haut, de la technique juridique mais de l'opportunité sociale.

Développons quelque peu cette pensée; il n'est pas discutable qu'une convention sur une succession à venir, si immorale et si dangereuse puisse-t-elle être, est parfaite techniquement, nous entendons par là qu'elle comporte tous les éléments nécessaires à la validité intrinsèque de l'obligation : elle réunit le consentement des parties, l'objet et la cause de leurs obligations respectives. Il n'en demeure pas moins que cette convention est frappée par le législa-

teur d'une nullité d'ordre public. Cette sanction rigoureuse ne peut provenir de facteurs purement juridiques, puisque nous venons de voir que la convention en soi, est parfaite. Ce sont donc uniquement des facteurs sociaux, des facteurs d'opportunité et non des facteurs d'ordre juridique qui se trouvent à la base de la prohibition.

Cette courte digression n'avait qu'un but : essayer de démontrer que la limitation volontaire de notre travail à la jurisprudence moderne ne nous interdit pas de rappeler au lecteur les données historiques de la question. Cette idée d'opportunité dont dépend l'existence en législation de la prohibition des pactes sur succession future est en effet la résultante de contingences diverses. Ces contingences varient suivant les époques, suivant l'état des mœurs, suivant le régime politique de la société. Telle convention qui aurait pu paraître à une époque déterminée profondément illicite pourra se voir déclarer quelques siècles plus tard socialement utile.

La qualification de la convention prohibée se caractérise donc par sa variabilité dans le temps; quiconque entreprendrait l'étude des pactes sur succession future sans jeter un coup d'œil sur le passé se condamnerait inéluctablement à ne pas comprendre le sens profond de la prohibition et surtout ses relations étroites ou non avec l'état social actuel; telle est la méthode désormais classique et que d'éminents auteurs ont récemment encore consacrée (1).

L'historique de la prohibition des pactes sur succession future présente des caractères essentiellement divergents suivant que nous l'envisageons dans le Droit Romain, dans l'Ancien Droit et dans le Droit intermédiaire. Le plan de ce chapitre ne peut que se conformer aux commandements de l'Histoire.

**

SECTION I — LE DROIT ROMAIN

§ 1. — LA FORMATION DE LA THEORIE DES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE

Contrairement à ce que l'on pourrait être enclin à penser les sources romaines de la prohibition ne sont pas anciennes, elles n'apparaissent que sous l'Empire, au II^e siècle après Jésus-Christ et résultent d'impérieuses nécessités sociales. Nous rencontrons dans cette constatation une nouvelle preuve du bien-fondé du système vers lequel se portent nos préférences et qui consiste à expliquer la prohibition non pas à l'aide d'arguments d'ordre juridique mais d'arguments de pure opportunité; la prohibition des pactes sur succession future n'est pas à l'origine tout au moins une conception de l'esprit humain, elle n'est qu'une conséquence de faits sociaux dangereux ou regrettables.

(1) Voir M. CAPITANT — La Prohibition des Pactes sur succession non ouverte — Revue critique de Législation et de Jurisprudence — 1933.

A Rome l'apparition de la prohibition est liée à l'état économique de la cité; dans les premiers siècles de la République, cet état économique demeure embryonnaire, les transactions, peu nombreuses et formalistes, ne sont pas favorables aux conventions sur une succession non ouverte. Ajoutons à cette description sommaire des mœurs rigides et austères qui par définition interdisent aux vieux Romains d'escompter dans un but égoïste le décès prématuré de leur auteur et de monnayer l'hérédité à laquelle ils ont la légitime espérance d'être appelés un jour.

Cependant, après les guerres Puniques, nous assistons au développement des relations économiques. Des inégalités de fortune s'établissent; à la ruine des uns correspond l'enrichissement des autres. L'état des mœurs se modifie et tend au relâchement. Les grandes richesses sont convoitées par les aventuriers. Les *captatores hereditatum* s'introduisent auprès des vieillards qui, sous l'empire de leurs manœuvres, s'engagent à les instituer héritiers. Ou bien des fils de famille à court d'argent se laissent aller à vendre à des usuriers l'hérédité éventuelle de leur auteur. On conçoit aisément tout le danger d'une telle opération, lésionnaire pour l'héritier et source, dans l'esprit de son ayant cause, d'un ardent *votum mortis captandae*.

Les jurisconsultes déclarent ces pratiques honteuses contraires aux *bonos mores*. Leur action ne tardera pas à déterminer une intervention législative; sous le Bas-Empire, des Constitutions de PROCLETIEN déclarent nulles les institutions anticipées d'héritier, insérées dans les contrats de mariage.

Dès cette époque, le domaine des pactes sur succession future semble donc s'être élargi. Ce n'est plus seulement le fils de famille qui, dans un moment d'égarement vendu pour un prix dérisoire la succession de son auteur, c'est le *cujus* lui-même qui, par contrat, c'est-à-dire par une disposition irrévocable entend régler la dévolution de sa succession.

Il nous faut maintenant nous demander quel était l'état exact de la prohibition en droit classique.

§ 2. — L'ETENDUE DE LA PROHIBITION EN DROIT CLASSIQUE

Les jurisconsultes romains se sont efforcés de clarifier un problème complexe qui, en pratique, apparaissait sous les aspects les plus divers. Ils ont adopté la distinction tripartite que le droit moderne a conservée : pactes sur la succession d'autrui, pactes sur sa propre succession, pactes de renonciation anticipée.

I. — PACTES SUR LA SUCCESSION D'AUTRUI (*pactes de hereditate tertii*).

Ce sont les conventions les plus dangereuses et que la morale réprouve au plus haut point. L'exemple classique est la vente par le fils de famille, pressé d'argent, de la succession non ouverte de

son auteur. Une telle opération est déclarée nulle par un texte de POMPONIUS, au Digeste. (1)

Le pacte de *hereditate tertii* peut se présenter sous un aspect moins immoral au cas où il ne s'agit plus de la vente d'une hérédité future, mais de la *donation* à un tiers de cette même hérédité. L'acte envisagé du point de vue du donateur ne révèle pas une immoralité foncière puisqu'il est inspiré par une intention généreuse et désintéressée, mais il n'en demeure pas moins que le *votum mortis* peut s'éveiller tôt ou tard dans l'esprit du donataire. L'opération doit donc être également prohibée. Tel est l'enseignement qui se dégage d'un texte de PAPINIEN. (2)

Le Droit Romain prohibait également l'acceptation anticipée d'une succession (3). Un tel engagement contribue en effet à supprimer la liberté de l'option de l'héritier lors de l'ouverture de la succession, d'autant plus que fréquemment, il n'est que la contre partie d'un prêt usuraire fait à l'héritier insolvable, celui-ci espérant se libérer à l'aide du patrimoine de son auteur. Enfin, et d'une manière générale, une Constitution de CONSTANTIN de 327 (4) prescrit les conventions de toute nature conclues sur la succession d'une personne vivante.

II. — PACTES SUR SA PROPRE SUCCESSION (*de succedendo*).

Le pacte de *succedendo* consiste dans le fait d'instituer héritière par contrat une personne vis-à-vis de laquelle le promettant se trouve désormais irrévocablement lié.

À l'origine, ces conventions étaient licites, mais nous avons vu que les abus commis par les *captatores hereditatum* avaient déterminé les jurisconsultes à des déclarer nulles; que la convention fût simple ou complexe, c'est-à-dire assortie d'une clause pénale, elle était dépourvue de tout effet juridique; pour employer la terminologie romaine, elle était inutile, c'est-à-dire inexistante. Un texte de JULIEN le témoigne *Stipulatio hoc modo concepta : si heredem me non feceris, tantum dabis, inutilis est; quia contra bonos mores haec stipulatio*. (5)

Par application de ces principes, le Droit Romain classique refusait tout effet à la convention par laquelle deux contractants s'instituaient réciproquement héritiers. Il était également interdit de stipuler dans l'acte social que la société se continuerait avec les héritiers du défunt. On estimait que par une convention de telle nature, l'associé réglaait irrévocablement la dévolution d'une fraction de sa succession.

Cette interdiction est formulée par un texte d'ULPIEN (6) Idem

(1) Digeste — XVIII — 4 — 1.

(2) Digeste — XXXIX — 5 — 29 § 2.

(3) Digeste — 28 — 6 — 2 § 2.

(4) Code II — 24 — 2.

(5) Digeste — 45 — 1 — 61.

(6) Digeste — XVII — 2 — 5 — 2 § 9.

— c'est-à-dire PAPINIEN — *respondit societatem non posse ultra mortem porrigi, et ideo nec libertatem de supremis judiciis constringere quis poterit vel cognatum ulteriorem proximioribus praeferre.*

Cette citation est intéressante, car elle évoque immédiatement à l'esprit du juriste moderne les clauses de continuation de la société de personnes entre les survivants ou avec les héritiers du défunt, clauses, qui, nous le verrons par la suite (1) ont suscité des interprétations divergentes, les uns favorables, les autres hostiles à leur qualification du chef de pacte sur succession future. Il est par ailleurs à noter que le texte d'ULPIEN n'est plus qu'un lointain souvenir du passé puisque l'article 1868 du Code Civil autorise ces mêmes clauses que le droit romain prohibait expressément.

III. — PACTES DE NON SUCCEDENDO (pactes de renonciation).

Cette troisième et dernière catégorie de pactes constitue le dernier aspect à Rome de l'état de la prohibition. Elle n'apparaît en effet qu'au Bas Empire, où des filles dotées renoncent à la succession de leur auteur, la renonciation étant la condition, la cause de la détermination du donateur. Parfois des héritiers renoncent prématurément aux garanties que leur confère la loi contre l'ingratitude éventuelle du de cujus. Un texte de PAUL (2) frappe de nullité la renonciation, avant l'ouverture de la succession, à l'exercice de la *querela inofficiosi testamenti*. En droit moderne cette renonciation se traduirait par la promesse faite par les descendants du donateur de ne pas se prévaloir de l'atteinte à leur réserve, à l'occasion d'une libéralité faite par celui-ci.

La prohibition du pacte de non succedendo, et la nullité qui en était la conséquence, autorisaient l'héritier renonçant à faire addition d'hérédité, après le décès du de cujus nonobstant toute convention contraire.

§ 3. — LES MOTIFS DE PROHIBITION DES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE EN DROIT ROMAIN

Ces motifs classiques et qui à l'époque moderne ont perdu une grande partie de leur force sont à la fois d'ordre moral, d'ordre juridique et d'ordre économique. Ils varient essentiellement suivant que l'on envisage l'une ou l'autre catégorie de pactes sur succession future.

En ce qui concerne les pactes de *hereditate tertii*, quelques jurisconsultes et en premier lieu POMPONIUS (3) estimaient que leur nullité s'expliquait aisément par l'absence d'objet. La condition élémentaire de la vente est en effet l'existence actuelle de la chose vendue; la succession future n'existe pas, elle n'est qu'une simple espérance,

(1) Voir Infra : II^e Partie — Titre I chapitre II — Section I.

(2) Sentences — 4 — 5 — 58.

(3) Digeste — XVIII — 41.

elle ne figure pas dans le patrimoine de l'héritier. La situation est analogue à la vente d'une succession d'une personne qui n'existerait que dans l'imagination des contractants.

Mais raisonner ainsi serait mal comprendre la nature exacte de l'opération litigieuse. L'héritier n'entend pas vendre une succession qui ne lui appartient pas. Il prétend simplement aliéner l'espoir de recueillir un jour cette succession. Les parties spéculent en d'autres termes sur les chances du vendeur d'appréhender les biens héréditaires. Un autre texte du Digeste (1) ne nous enseigne-t-il pas que les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation même si de ce fait la convention présente un caractère aléatoire, et le texte cite à l'appui de son affirmation, la licéité de la vente d'une récolte qui n'est pas encore parvenue à maturité. Une espérance particulièrement problématique, le coup de filet du pêcheur peut également faire l'objet d'une convention valable.

Ce n'est donc pas à l'aide de notions juridiques qu'il nous faut rechercher la raison profonde de la prohibition des pactes de *hereditate tertii*. Les véritables motifs sont en effet d'ordre moral et social. La convention en faisant naître chez l'avant-cause de l'héritier éventuel le *votum mortis captandae* en lui faisant souhaiter ardemment le décès prématuré du de cujus, de manière à retirer un bénéfice du contrat qu'il vient de conclure, est dangereuse pour l'ordre public, car elle peut parfois déterminer une volonté criminelle. Telle est du moins l'opinion exprimée par JUSTINIEN : *Omnes huius modi pactiones odiosae esse videntur, et plenae tristissimi periculosi eventus* (2).

Quelques textes font de plus ressortir l'idée de lésion. L'héritier éventuel, pressé d'argent, peut être amené par les manœuvres malhonnêtes d'un usurier qui cherche à tirer profit d'une situation pécuniaire embarrassée, à donner son consentement dans des conditions lésionnaires. L'usurier obtiendra à vil prix la cession de l'hérédité en faisant valoir l'aléa de l'opération, le risque de diminution du patrimoine héréditaire, et les chances de survie du de cujus.

L'idée de *votum mortis* est d'une application moins aisée à la manière des pactes de *succedendo*. Sans doute l'héritier institué peut en venir à souhaiter le décès du de cujus, mais il faudrait alors décider que toute vocation héréditaire, qu'elle soit légale, testamentaire, ou contractuelle, comporte le *votum mortis*. En réalité, l'explication de la prohibition des pactes de *succedendo* doit être recherchée dans la combinaison de notions morales et de notions juridiques.

La notion d'ordre moral consiste dans la crainte de la captation. Les jurisconsultes de l'époque classique n'avaient pas oublié les abus scandaleux des *captatores hereditatum* dans les dernières années de la République. Le testament sans doute incite lui aussi à la captation, mais du fait de sa révocabilité *ad nutum*, il peut inciter l'entourage intéressé du testateur à se montrer prudent. Par ailleurs, le de cujus a pu céder à un entraînement passager qui ne correspond pas à sa volonté réelle. Il est nécessaire que les dispositions à cause

(1) *De Conditionibus emptione* XVIII — 1.

(2) Code Livre II — Titre III — 30 § 2 (de pactis).

de mort soient le reflet rigoureux des dernières intentions du testateur; pour cela, la révocabilité *ad nutum* de ces dispositions est indispensable.

A ces motifs d'ordre moral, s'ajoutent des arguments d'ordre juridique, propre d'ailleurs au droit Romain, et qui n'ont plus aucune valeur actuellement. L'institution d'un héritier par contrat porte atteinte à la liberté de tester, tout au moins dans la mesure où l'instituant a disposé de son hérité à venir. Cette liberté de tester, si chère aux Romains, peut même se trouver entièrement supprimée si la disposition à cause de mort porte sur l'universalité de la succession. Il faut en effet se rappeler qu'à Rome, le testament était entouré d'un véritable culte. Un Romain de qualité se serait fait un reproche de mourir sans avoir testé. Ce respect pour le testament, que nous serions tentés d'estimer suranné emportait pour conséquence la prohibition de toute convention y portant atteinte, totalement ou pour partie.

Les Renonciations ou *pactes de non succedendo* nous méritent de nouveau en présence de deux considérations justificatives l'une emprunte ses arguments aux nécessités économiques, l'autre aux nécessités sociales, si nous faisons abstraction d'un motif d'ordre logique qui, à l'époque moderne, où le raisonnement juridique tend à l'abandon des pétitions de principe, ne mérite pas de longs développements.

Un texte de PAUL (1) fonde la prohibition des pactes de *non succedendo* sur le fait qu'il n'est possible de renoncer qu'à ce qu'il est permis d'accepter. Or l'acceptation d'une succession ne peut être valablement faite que par l'addition d'hérité, c'est-à-dire par un acte postérieur au décès du de cujus. Par suite, la renonciation ne devrait-elle pas intervenir qu'après l'ouverture de la succession ? Mais la trop grande rigueur logique de cet argument suffit il nous semble à justifier son exclusion de la présente discussion.

L'idée de *lésion* mérite d'être retenue plus sérieusement. Le successeur renonçant peut être en effet sujet à subir la crainte révérentielle à l'égard de ses ascendants, ou même de ses co-héritiers et sa volonté risque d'être déterminée par la réception d'une contrepartie dérisoire. On peut d'ailleurs affirmer qu'à l'époque de la renonciation qui peut précéder le décès du de cujus de plusieurs années, le renonçant est dans l'impossibilité la plus absolue de se rendre un compte exact des conséquences de son acte.

Enfin, les règles protectrices de la vocation héréditaire, en particulier l'institution de la quarte Falcidienne se trouvent éludées par le jeu de la renonciation. Or la loi ne peut tolérer que l'héritier renonce à se prévaloir de règles instituées en sa faveur, mais le véritable motif de la prohibition des pactes de *non succedendo*, et le plus profond, celui qui dans la législation du Code Civil a conservé le plus de valeur, est que l'acceptation et la répudiation des successions sont des matières d'ordre public, auxquelles des conventions particulières ne sauraient valablement déroger.

Quant à la *sanction* de la prohibition, elle ne pouvait être que

(1) Digeste — Livre XVII — 174 § 1.

radicale. Le pacte sur succession future était en droit romain frappé d'une nullité absolue, comme contraire à l'*auctoritas legis*. Nous avons vu précédemment que la renonciation anticipée faite par l'héritier à son droit éventuel de recueillir la succession de son auteur, ne lui interdisait aucunement de pratiquer l'addition d'hérédité lors de l'ouverture de la succession. Mais dans le cas spécial où l'héritier présomptif avait fait don de sa part héréditaire, il intervenait aux termes d'un texte de MARCIEN (1) une véritable peine privée à l'égard du donateur : non seulement la donation ne produisait aucun effet, mais le donateur imprudent était considéré comme frappé d'indignité et la succession déférée au fisc.

La prohibition était donc en droit romain extrêmement sévère, plus rigoureuse qu'en droit français moderne où la notion de peine privée est étrangère à la matière des pactes sur succession future. Mais ne fut-ce que pour confirmer la règle, il intervint rapidement quelques exceptions aux règles que nous venons d'énoncer.

§ 4. — LES EXCEPTIONS A LA PROHIBITION

Ces exceptions concernent respectivement chaque catégorie de pactes, mais ces pactes de *succedendo* firent l'objet d'une plus grande faveur à mesure que la notion de liberté de tester subissait une régression.

L'exception la plus importante et que le droit moderne n'a d'ailleurs pas conservée, fut apportée dans le domaine des *pactes de hereditate tertii* par la novelle 531 de JUSTINIEN (2). Ce texte autorisa, dans toutes les hypothèses, le pacte sur succession d'un tiers à condition que le de cuius eût donné son consentement à la convention et que ce consentement se fût perpétué jusqu'à son décès, *et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit*. Entrevu sous ce nouveau jour, le pacte ne présentait en effet aucun danger et ne pouvait susciter le *votum mortis* dans la pensée du cessionnaire, puisqu'à tout instant le de cuius était en droit de lui supprimer tout effet en retirant son consentement. L'acte soumis dès lors à une condition potestative n'est plus un contrat que de nom.

Le Droit Romain admit aussi la validité de l'hypothèse des biens à venir par succession, solution en partie maintenue par l'article 2131 du Code Civil. La société universelle pouvait également englober les biens à venir par succession même pour la propriété, tandis que l'article 1837 du Code Civil ne permet plus une stipulation de cette nature qu'au cas où elle ne porte que sur la jouissance des biens à venir.

La prohibition des *pactes de succedendo* connut quelques exceptions que nous retrouverons au cours des siècles suivants. Un texte du Code (3) signale l'existence d'un pacte successoire entre mili-

(1) Digeste XXXIX — 5 — *De Donationibus* — § 30.

(2) Code — *De Pactis* — II — 3 — 30.

(3) Code — II — 3 — 19.

faïres. Il s'agit en réalité d'un testament à formes privilégiées par lequel deux militaires sur le point de partir en expédition s'attribuent réciproquement la succession du premier mourant. Cependant le pacte prohibé, ou plus exactement ses éléments caractéristiques, apparaît nettement du fait qu'un droit éventuel et non actuel est conféré à chacun des co-contractants, droit qui jusqu'au décès du prémourant n'est qu'une espérance et ne comporte aucun rétroactivité (1).

La Novelle 19 de l'Empereur Léon valida la promesse d'égalité. On entend par là la promesse faite par l'ascendant au profit d'un de ses enfants qui se marie de ne pas avantager ses co-héritiers à son détriment. Par contre, l'institution ne fait pas obstacle à ce que le bénéficiaire de la promesse soit avantagé personnellement et reçoive dans la succession de l'ascendant une part supérieure à celle de ses co-héritiers. La promesse d'égalité s'est répandue dans les pays de droit écrit, et quoique le Code Civil ne l'ait pas expressément validée, la jurisprudence du XIX^e siècle a reconnu sa licéité.

Une autre exception importante fut apportée à la prohibition des pactes de *succedendo*. Nous faisons allusion à la *divisio inter liberos* qui est un diminutif du partage d'ascendant moderne; mais il est douteux que cette institution ait réellement constitué un pacte sur succession future. N'était-elle pas plutôt une simple distribution de biens faite par l'ascendant au profit de ses successibles en ligne directe puisqu'elle n'empêchait pas l'indivision de subsister entre les co-partagés et que l'*actio familiae erciscundae*, la forme romaine de l'action en partage devait être intentée pour que l'opération fût consolidée. (2)

Si la pratique, comme nous venons de le voir, apporta des exceptions assez nombreuses à la prohibition des « pactes de *hereditate tertii* » et de *succedendo*, par contre, le droit romain maintint fermement celle des pactes de *non succedendo*. Cependant les commentateurs ont cru pouvoir signaler deux hypothèses, assez particulières, il faut le reconnaître, où la renonciation d'une succession non ouverte était validée. C'est en premier lieu le cas de l'émancipation, et en second lieu celui de l'adrogation.

Quand un père émancipait son fils, il arrivait qu'il promît par contrat de respecter son testament quelqu'il fût. Cette promesse avait force juridique bien qu'elle contint en réalité une renonciation du père à se prévaloir d'un droit successoral pouvant éventuellement lui échoir.

(1) En effet, le décès du prémourant pourrait s'analyser en une condition suspensive dont la réalisation consoliderait le droit actuel du survivant par le jeu de la rétroactivité. Mais dans le pacte successoire entre militaires, aucune des parties ne confère un droit actuel à son co-contractant. Le décès du prémourant ne viendra pas confirmer un droit existant au profit du survivant dès la signature de la convention. Il constitue le fait générateur de son droit. Jusqu'au prédécès de l'un des contractants, le survivant n'est titulaire que d'un droit éventuel dont la réalisation ne comporte aucune rétroactivité. Nous retrouverons ce problème au sujet de l'interprétation de la clause d'accroissement. (Voir infra II^e partie Titre I — chapitre IV).

(2) Digeste — XXXVII — 12 — 1 — § 3.

L'autre hypothèse est celle de l'adrogation; la pratique pouvait craindre que la décision de l'adrogeant ne fût déterminée que par l'espérance d'hériter de l'adrogé et n'entendît mettre à profit le lien de filiation ainsi créé. Aussi pour éviter cette spéculation malhonnête, un texte du Digeste (1) obligeait l'adrogeant à renoncer par avance à la succession de l'adrogé. Mais il nous semble difficile de soutenir que cette disposition ait constitué une exception à la prohibition puisque la renonciation susvisée était obligatoire et par suite exclue du cadre des conventions librement conclues. Elle doit plus exactement s'analyser en une suppression de la vocation héréditaire analogue à celle qui en droit français moderne frappe l'adoptant vis-à-vis de son enfant adoptif, exception faite du droit spécial de retour qui lui est conféré par l'article 357 du Code Civil.

Retenons de ce rapide historique de la prohibition des pactes sur succession future à Rome non pas tant son détail que son aspect évolutif en concordance étroite avec l'état des mœurs. Nous avons vu que dans le très Ancien Droit, la prohibition était demeurée inconnue par suite du peu d'importance des transactions et de l'engourdissement de la vie économique. C'est seulement sous l'Empire, alors que la circulation des richesses se développait et que la morale tendait à se relâcher que les jurisconsultes ont édifié un système général qu'ils ont tenté d'étayer à l'aide de motifs d'ordre philosophique et juridique; cependant, si vaste et si rigoureuse ait été la prohibition, il s'est produit une certaine réaction de la pratique, et la compénétration de ces deux tendances opposées a suscité quelques exceptions, parfois même importantes, dont quelques unes se sont perpétuées dans l'Ancien Droit et dans le Droit Moderne.

La rigueur ou l'élasticité de la prohibition est donc en fonction de l'opportunité sociale. Cette déduction contribuera largement à nous permettre de comprendre pourquoi l'Ancien Droit devait adopter à l'égard des pactes sur succession future une attitude toute différente.

SECTION II — LES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE DANS L'ANCIEN DROIT

Nous diviserons cette section en trois paragraphes consacrés respectivement au droit germanique, au droit féodal et à l'influence des romanistes, et au dernier état du droit coutumier.

§ 1. — LE DROIT GERMANIQUE

Ce Droit se caractérise par l'importance des idées communautaires et de la co-propriété familiale. Un texte de la *Lex Burgondiorum*

(1) Digeste — I — 7 — 18.

(1) enseigne que du vivant de leur père, les enfants pouvaient exiger le partage du patrimoine et réduire leur auteur à sa quote-part. Ce n'est donc pas l'ascendant commun qui revêt la qualité de propriétaire du bien familial, mais le clan tout entier. On conçoit dès lors que dans ces conditions le droit des peuplades germaniques ait ignoré l'existence du testament.

D'autre part il faut songer à l'état embryonnaire de la civilisation à cette époque. L'idée d'une volonté créatrice de droit n'avait pas encore reçu tout le développement que les siècles suivants lui ont consacré. Le testament implique un certain degré de raffinement juridique. S'il se concevait à Rome dans un régime de propriété individuelle et de niveau intellectuel relativement élevé, il devait, par contre, demeurer étranger au droit germanique où il pouvait paraître anormal d'admettre que la volonté du *de cujus* produisit des effets au-delà de son décès.

Mais en dépit de ces considérations historiques qui justifient aux yeux des modernes l'absence de testament en droit germanique, la pratique dès cette époque allait tenter de découvrir des expédients pour permettre aux particuliers de se créer des héritiers. On songea à la donation entre vifs, mais cette institution présentait de nombreux inconvénients du fait qu'elle obligeait le disposant à se dénouiller de sa fortune actuellement et irrévocablement, aussi les parties stipulaient-elles généralement que le donateur conserverait la jouissance viagère des biens donnés. Cette notion de propriété limitée à la jouissance que nous retrouverons dans la suite de notre travail présente une importance considérable pour l'étude des pactes successoraux de l'Ancien Droit.

L'*affatomie*, décrite par la loi Salique (2) est une adoption dégénérée dont les effets sont strictement limités à la transmission du patrimoine du disposant. Le but du donateur est de se créer de son vivant un héritier qui assurera la transmission de ses biens aux générations à venir. Peut-être le disposant espère-t-il aussi que cet expédient évitera le partage et le morcellement de la *terra aviatica* de la terre des aïeux.

L'affatomie est donc un véritable pacte sur succession future. L'action du tiers, le *salmann*, se limite en effet au rôle d'exécuteur testamentaire. Elle était par ailleurs irrévocable.

Mais si séduisante soit la tentation de l'historien du droit de découvrir dans l'affatomie l'ancêtre de l'institution contractuelle, il semble qu'il ne faille pas se laisser tromper par des apparences de filiation historique. Dans sa belle thèse, consacrée à la « Prohibition des pactes sur succession future » M. NAST a victorieusement démontré que l'apparition de l'institution contractuelle ne datait que du XIII^e siècle, époque où l'affatomie avait disparu, car dès le X^e siècle, elle s'était confondue avec les donations *mortis causa* essentiellement révocables. D'ailleurs, à la réflexion et à la comparaison des buts respectifs des deux institutions, le juriste doit se résigner à écarter toute velléité de rapprochement; la base de l'institution

(1) Titre I § 1 et 2.

(2) Titre 49 — de *adfatomie*.

contractuelle était l'accroissement de la force de la noblesse, la deserte intégrale du fief tandis que l'affatome salique ne constituait qu'un simple expédient pour suppléer à l'absence de testament et qui perdit toute raison d'être dès que la pratique eût généralisé les actes *mortis causa* révocables et dont les effets étaient analogues à ceux du testament.

Le rappel à succession que nous retrouverons pendant toute la durée de l'Ancien Droit Français tire au contraire sa source dans le droit franc où il tendait à remédier à l'exclusion des filles de la succession à la *terra aviatica* et à l'absence de représentation; conçu sous la forme d'une *epistola* remise à l'enfant rappelé, il impliquait son consentement et était irrévocable, mais le de cujus pouvait s'engager néanmoins à payer soit à l'héritier soit au fisc une amende au cas où le pacte ne serait pas mis à exécution. L'irrévocabilité de ce pacte successoral n'était donc qu'un principe qui pouvait fréquemment être mis en échec par le jeu de la clause pénale.

Mais nous ne trouvons pas trace à l'époque franque des renonciations anticipées des puînés ou des filles dotées telles que les pratiquera plus tard le droit coutumier.

§ 2. — LE DROIT FEODAL ET L'INFLUENCE DES ROMANISTES

Cette époque se caractérise par un regain de faveur pour les pactes successoraux; les feudistes, sous l'influence de la noblesse, les adaptèrent aux nécessités de l'organisation féodale et au désir des grandes familles d'assurer la transmission intégrale du patrimoine familial afin de maintenir l'éclat et la splendeur du nom.

À l'origine la concession de fief ne créait que des rapports purement personnels et viagers entre le suzerain et le vassal; par suite il était nécessaire qu'un nouveau contrat intervint pour que les héritiers du vassal fussent admis à succéder à leur auteur dans la possession du fief; aussi, dès le XI^e siècle, on prit l'habitude de régler, lors du contrat d'inféodation, la désignation de l'héritier du vassal.

Plus tard, l'institution contractuelle subit des transformations, il ne fut plus indispensable que le contrat d'inféodation eût prévu le règlement de la succession du vassal pour que ses hoirs du corps fussent ensaisinés de plein droit de la totalité du patrimoine de leur auteur; mais pour renforcer la vocation héréditaire de ses successeurs et pour éviter le morcellement du patrimoine familial, le vassal s'engageait, lors du mariage de son fils aîné, à lui laisser le fief lors de son décès. Dès cette époque, l'institution contractuelle s'analysait donc en un « don irrévocable de succession ».

Les caractères féodaux de l'institution contractuelle justifient qu'en pratique elle n'ait été utilisée que par des familles nobles; certaines coutumes comme celle de Berry interdisaient même son extension aux roturiers.

Le souci nobiliaire d'assurer à l'avenir l'éclat et la splendeur du nom se manifestera parallèlement à la naissance de l'institution contractuelle par l'apparition des renonciations à succession future; on avait admis en effet que les femmes, privées à l'origine du droit

de succéder à la *terra aviatica*, pouvaient valablement se prévaloir de leur vocation héréditaire, même dans la succession aux fiefs; pour éviter des conséquences aussi désastreuses, les renonciations des filles dotées par contrat de mariage à la succession de leur père et mère vint compléter le droit d'aînesse et le privilège de masculinité.

*
**

Nous venons de résumer schématiquement la matière des actes successoraux en droit féodal. Si rapide et si simple soit-il, cet exposé nous a dévoilé le caractère empirique de ces institutions. Nées en dehors de toute préoccupation d'ordre juridique ou moral, elles n'ont été animées que d'un but : servir à des fins nobiliaires, assurer la desserte du tief, renforcer la puissance de la famille par la concentration entre les mains d'un seul enfant de la quasi-totalité du patrimoine familial.

Ces considérations sont importantes, d'autant plus que le présent historique n'a qu'une raison d'être : mettre en lumière la pression des nécessités d'un ordre social déterminé sur une prohibition ancestrale, dont les motifs, si pertinents fussent-ils, n'ont pas su résister aux exigences de l'organisation féodale. Aussi la renaissance du droit romain, la réapparition des motifs traditionnellement admis à l'encontre de l'admission des pactes successoraux devait-elle s'avérer impuissante en présence d'une coutume profondément ancrée dans les mœurs.

Cependant les efforts des romanistes pour plier le droit féodal au droit romain, considéré à partir de cette époque comme le droit idéal, contribuèrent à limiter l'extension des pactes successoraux par la résurrection du *votum mortis* et de la liberté de tester. Une théorie générale de la prohibition se forma, à l'image de la théorie romaine et se juxtaposa au droit féodal. Elle eut pour résultat non d'entraîner l'extinction de l'institution contractuelle et des renonciations anticipées, mais de restreindre celles-ci au contrat de mariage qui, sous l'égide de pacte de famille, jouissait d'une grande faveur sous l'ancien droit.

Étudions maintenant dans un paragraphe troisième le dernier état du droit coutumier, tel que l'ont formulé les jurisconsultes du XVIII^e siècle dont les recherches ont été consacrées aux pactes successoraux.

§ 3. — LE DERNIER ETAT DU DROIT COUTUMIER

La renaissance du droit romain entraîna la réapparition de la trilogie célèbre par les commentateurs du droit romain.

L'idée de *votum mortis* fit prohiber, si nous en croyons de nombreux auteurs des XVII^e et XVIII^e siècles les pactes de *hereditate tertii*. Ces conventions sont contraires aux bonnes mœurs en tant qu'elle suscitent le *votum mortis* dans la pensée de l'ayant cause de l'héritier (*votum mortis captandae inducunt*). Mais la prohibition ne fut pas absolue. Rapidement, l'exception introduite par la no-

velle 531 se répandit dans l'Ancien Droit français et l'on admit en conséquence que l'héritier pouvait valablement céder ses droits éventuels à un tiers à condition que le *de cujus* apportât son consentement à l'acte et le maintint jusqu'à son décès. La prohibition, tout en étant rigoureuse, était plus souple qu'en droit moderne et nous avons eu l'occasion de rappeler dans la section précédente que l'exception de la novelle 531 avait disparu de la législation du Code Civil.

Mais c'est en ce qui concerne les deux autres variétés de pactes sur succession future que la prohibition romaine demeura à l'état de principe théorique par suite de l'influence des idées nobiliaires et l'organisation sociale.

L'institution contractuelle vit ses caractères légèrement modifiés. A l'origine, elle était un moyen entre les mains de la noblesse d'assurer la desserte du fief. Elle était donc liée au régime féodal de l'Ancienne France, mais la pratique parvint à la détourner de son but; elle s'analysa, d'après FERRIERE (voir institution contractuelle) en un « don irrévocable de succession ou de partie de succession, fait par contrat de mariage par des père et mère ou par des étrangers au profit de l'un des deux conjoints, ou des enfants qui devaient naître du mariage ». Elle n'est donc plus, à la fin de l'Ancien Droit un moyen d'assurer la desserte du fief, mais une arme entre les mains de la noblesse pour éviter le morcellement des héritages et assurer la transmission intégrale du patrimoine familial au fils aîné.

Mais en dehors de l'institution contractuelle, il existait sous l'Ancien Droit plusieurs variétés de pactes successoraux dont le but n'était pas seulement d'accroître les richesses dans les mains d'un seul héritier, mais aussi de corriger les inégalités de la loi successorale. Au témoignage de POTHIER (Introduction au titre des successions de la Coutume d'Orléans, appendice 2, n° 17) « la faveur des contrats de mariage est si grande en France que la jurisprudence y a fait admettre les institutions d'héritier en faveur de l'une quelconque des parties contractantes, ou des enfants qui naîtront du futur mariage ».

C'est ainsi que le *rappel à succession*, que nous avons cité précédemment persista dans le droit coutumier avec les mêmes caractères qu'en droit franc; mais d'autres conventions successorales étaient génératrices d'effets plus limités; elles ne tendaient pas à créer une vocation héréditaire, mais simplement à pourvoir de modalités un droit préexistant. Par la promesse d'égalité, l'ascendant s'engageait à l'occasion du mariage d'un de ses enfants à ne pas désavantager ses autres descendants au détriment de cet enfant; enfin la clause d'affrérissement, pratiquée par les coutumes de Saint Amand et des Flandres, assurait par contrat de mariage l'égalité des enfants du premier lit avec ceux du second lit dans la succession de leurs père et mère.

Un autre acte successoral, la stipulation de propres d'un usage moins courant que les précédents visait la conservation des immeubles dans les familles et venait renforcer l'adage célèbre *paterna paternis materna maternis*, il consistait dans l'interdiction faite à l'un des époux de succéder aux biens provenant de son conjoint dans

la succession de leur enfant quand, par exemple, après avoir hérité de son père, un enfant décède laissant sa mère comme unique héritière.

Les *renonciations à successions* non ouvertes étaient apparues antérieurement à la renaissance du droit romain; elles poursuivaient un but identique à celui de l'institution contractuelle : concentrer le patrimoine entre les mains de l'aîné mâle de la famille, et renforcer par là la richesse et la splendeur du nom. Elles se repandirent sur toute l'étendue de notre ancienne France, aussi bien dans les pays de coutumes que dans les pays de droit écrit. Imposées aux filles dotées et parfois même aux puînés pourvus d'un apanage elles n'étaient valables que par contrat de mariage et soumises à des conditions : réception par le renonçant de sa légitime en droit écrit, mais dans les pays de coutume, des anciens auteurs affirment que la dot pouvait consister plus simplement en un « chapel de roses ».

L'histoire des pactes successoraux dans notre ancienne France se caractérise donc par un choc de la prohibition romaine et des commandements de l'état social; là où les institutions féodales n'étaient pas en mesure de justifier l'admission pratique des conventions sur successions non ouvertes, nous faisons allusion à la matière des pactes de *hereditate tertii*, les principes romains demeurèrent intangibles. A l'inverse, les motifs que l'on opposait traditionnellement aux pactes d'institution d'héritier et aux renonciations anticipées, furent battus en brèche par la prédominance des idées nobiliaires; quelle valeur les feudistes pouvaient-ils accorder à la révocabilité des dispositions à cause de mort, à la lésion qui résulte pour l'héritier des renonciations anticipées en présence de l'impérieuse nécessité de renforcer le prestige de la noblesse ? En une matière qui, comme nous avons tenté de l'expliquer au début de ces développements se relie plus à l'opportunité qu'à la technique juridique, à la structure sociale d'une époque plus qu'à des considérations abstraites, nous ne devons pas nous étonner de l'évolution profonde subie par les pactes successoraux depuis les *captatores hereditatum* jusqu'aux écrits de POTHIER. Le bouleversement politique issu de la Révolution devait avoir pour conséquences une défaveur à l'égard des pactes sur succession future, en lesquels le législateur révolutionnaire n'était enclin à ne voir que des institutions archaïques et surannées, derniers vestiges d'un passé évocateur de préjugés nobiliaires, et source, à ses yeux, d'injustice, d'arbitraire et d'inégalité.

SECTION III — LA LEGISLATION INTERMEDIAIRE

A la fin de l'Ancien Droit quelques jurisconsultes élevèrent des critiques à l'encontre de l'existence des pactes successoraux. Concevables à la rigueur à l'époque féodale, l'extension de leurs applications pratiques ne se justifiait plus que par la vanité de la noblesse, par le désir de conserver les biens dans les familles, d'accroître la

part héréditaire de l'ainé, en un mot de rompre l'égalité des partages. De plus, des substitutions fidei commissaires étaient fréquemment greffées sur les institutions contractuelles, apportant des entraves à l'exploitation des biens fonciers et à la libre circulation des richesses.

En un mot, une révolution économique au même titre qu'une révolution juridique et sociale comportait pour conséquences inéluctables la prohibition rigoureuse des pactes successoraux.

Dès le 8 avril 1791, une loi abolit les anciennes exclusions coutumières, tout en maintenant les institutions contractuelles par contrat de mariage. Allant plus loin dans le sens de la prohibition, la loi du 7 mars 1793 supprima les donations contractuelles, quelle que soit leur nature, à cause de mort ou entre vifs. Elle ne les permit plus qu'au profit de collatéraux ou d'étrangers, c'est-à-dire dans une hypothèse où le préjugé nobiliaire n'était pas à craindre.

La grande loi successorale de la Révolutionnaire française du 17 Nivôse an II entreprit de réaliser le nivellement social et le morcellement des propriétés, sources de bonheur et de richesse si l'on se réfère aux déclarations de ses rapporteurs. Le legs universel fut prohibé et l'on interdit d'attribuer à un successible la quotité disponible fortement réduite d'ailleurs. Enfin, d'une manière générale, les institutions contractuelles et les renonciations à succession future furent abolies, et cela, rétroactivement à partir du 14 juillet 1789.

C'est donc animé par des luttes politiques que le législateur révolutionnaire fit table rase des pactes successoraux. Peu lui importaient les motifs traditionnellement admis depuis le droit romain à l'appui de la prohibition. Il était décidé à priori à ne voir dans les pactes successoraux qu'une survivance d'un passé à jamais abhorré; son action se limita volontairement au domaine des institutions d'héritier et des renonciations anticipées et laissa subsister intacte l'exception à la prohibition des pactes de *hereditate tertii*, la nouvelle 531, c'est-à-dire la validité de la convention assortie du consentement du de cujus maintenu jusqu'à son décès.

SECTION IV — LA LÉGISLATION DU CODE CIVIL

Les rédacteurs du Code Civil, à la différence de leurs prédécesseurs, atténuèrent la rigueur de la prohibition des pactes sur sa propre succession. Les articles 1082 et suivants autorisèrent dans quelques cas spéciaux l'institution contractuelle. Par contre, abstraction faite de l'hypothèse prévue par l'article 918, les renonciations portant sur des successions non ouvertes furent sévèrement prohibées, et la crainte du *votum mortis* et de la captation firent même écarter l'exception introduite sous JUSTINIEN par la nouvelle 531.

L'institution contractuelle ne fut partiellement admise dans les articles 1082 et suivants sous le nom étrange de donation de biens

à venir, qu'en faveur du mariage. C'est une libéralité à destination familiale, comme d'ailleurs la promesse d'égalité (1) passée sous silence par le Code, mais déclarée valable par la jurisprudence. BIGOT de PREAMENEU déclarait lors des travaux préparatoires du Code Civil (2) « le père qui marie ses enfants s'occupe de leur postérité. La donation actuelle doit donc presque toujours être subordonnée à des dispositions sur sa succession future ».

Le partage d'ascendant.

Le partage d'ascendant entre vifs ou donation partage, prévu par les articles 1075 et 1076, et qui, à la différence de l'institution contractuelle, ne peut porter que sur des biens présents constitue une exception à la prohibition des pactes sur succession future en ce sens que le disposant anticipe sur le règlement de sa succession. L'acte est comme la préfiguration du partage successoral. En effet, après le décès du disposant, les co-partages perdent la qualité de donataires. Ils ne sont plus que des héritiers purs et simples.

Les co-partagés deviennent immédiatement propriétaires des biens compris dans la donation partage et peuvent supputer sur ces biens avant le décès du disposant. Il s'agit en effet de droits qui leurs échoient à titre de donation et non à titre de succession, en d'autres termes, de droits actuels et non de droits éventuels, dépendant de l'ouverture d'une succession à venir.

Comme toute exception à un principe général, ce partage d'ascendant est d'interprétation stricte. Il ne saurait être utilisé afin de dissimuler d'autres pactes successoraux. Dans une affaire soumise à la Cour d'Appel de Besançon, et qui a fait l'objet d'un arrêt du 10 mars 1897 (S. 99 — 2 — 169 — Note de M. WALH) les co-partagés s'étaient engagés, dans l'acte de donation à ne pas demander au survivant des époux la liquidation de la communauté. Cette clause, bien qu'insérée dans un partage d'ascendant qui, par lui-même, constitue une exception à la prohibition des pactes sur succession future, n'en était pas moins frappée de nullité absolue.

(1) La promesse d'égalité qui, pour être valable, doit également se trouver insérée dans le contrat de mariage du bénéficiaire, engendre des effets moindres que l'institution contractuelle. Elle s'analyse en une promesse faite à l'enfant qui se marie de ne pas avantager ses frères et sœurs à son détriment, mais elle n'interdit nullement au disposant de donner ou de léguer la quotité disponible à un tiers, pourvu que l'égalité soit respectée entre les enfants. Les autres enfants ne sont pas admis à s'en prévaloir, si bien que l'enfant bénéficiaire de la promesse peut être légalement avantagé.

La nature juridique de la promesse d'égalité est discutée en doctrine. Quelques auteurs l'analysent en une institution contractuelle sous condition, l'ascendant s'engageant pour le cas où il avantagerait un de ses enfants, à accorder le même avantage à l'enfant marié.

Consulter : Beudant — Traité de Droit Civil : T. VII, p. 307.

(2) Fenet — T. XII — p. 569.

L'article 761 ancien du Code Civil.

Ce texte prévoyait que l'enfant naturel serait écarté de la succession de ses père et mère quand du vivant de ceux-ci il aurait reçu la moitié de ce à quoi il avait droit en vertu de la loi, avec déclaration expresse du disposant qu'il entendait réduire l'enfant à cette moitié. L'acte ainsi défini pouvait s'analyser en une renonciation anticipée, imposée à l'enfant naturel. Cette disposition a été abolie par la loi du 25 mars 1896.

L'article 918.

Une exception plus importante et que nous retrouverons dans l'étude des renonciations portant sur un droit particulier résulte de l'art. 918 alinéa 2.

Ce texte envisage une hypothèse spéciale. Il faut supposer qu'un ascendant aliène en faveur d'un de ses successibles en ligne directe un bien quelconque, avec réserve d'usufruit, ou moyennant le versement d'une rente viagère. L'acte est en apparence à titre onéreux, mais le législateur, soupçonnant une fraude, le traite comme une libéralité précipitaire et le soumet à l'action en réduction, au cas où la réserve des co-héritiers de l'acquéreur serait atteinte. Cependant l'article 918 prévoit que « cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles qui auraient consenti à ces aliénations ».

On ne peut analyser l'intervention des successibles qu'en une renonciation à demander l'exercice de l'action en réduction, droit éventuel, qui ne naîtra qu'à l'instant et par le fait de l'ouverture de la succession du disposant. En renonçant à se prévaloir d'un droit héréditaire à venir, les successibles concluent un véritable pacte sur succession future qu'exceptionnellement le Code Civil déclare valable.

On peut d'ailleurs interpréter autrement l'art. 918 (1). L'acte serait réellement à titre onéreux et il n'existerait pas dans la pensée du législateur de présomptions de libéralité. Mais l'acte étant aléatoire, le Code Civil entend protéger les autres héritiers d'une atteinte éventuelle à leur réserve. Or, il est nécessaire de garantir le cessionnaire contre ce risque, de lui permettre de courir ses chances en toute sécurité, et par là d'apporter une dérogation à la règle des pactes sur succession future.

Mais en tout état de cause, et même à la lumière de cette explication, nous sommes en présence d'une renonciation à l'exercice d'un droit dont la naissance, et non pas seulement l'exigibilité, se trouve reportée à l'ouverture de la succession du disposant et, partant, d'un pacte sur succession future.

Citons également l'exception de l'art. 1837 qui autorise les associés à faire entrer dans la société universelle, les biens futurs, c'est-à-dire les biens dépendant de successions à venir, mais uniquement

(1) Moreau — De l'interprétation de l'article 918 — *Semaine juridique* 1929 p. 1203.

pour la jouissance, et à condition qu'il s'agisse de successions indéterminées. Cette hypothèse est actuellement peu pratique, les sociétés universelles n'étant plus que des curiosités juridiques.

En résumé, dans la mesure où le Code Civil admet l'existence du pacte successoral, il exclut le but politique pour le remplacer par le but familial. L'idée est particulièrement nette dans le domaine de l'institution contractuelle; celle-ci, sous l'Ancien Régime, servait à des fins aristocratiques : assurer la desserte du fief, renforcer le droit d'aînesse et le privilège de masculinité; En droit positif, elle n'est plus qu'une libéralité à destination familiale, dont les conditions sont étroitement limitées par la loi. Sa raison d'être ne s'explique plus que par la faveur traditionnelle pour le contrat de mariage.

Mais en dehors de ces exceptions, le principe demeure la prohibition des pactes sur succession future formulée en termes absolument généraux par les articles 791, 1130 et 1389 du Code Civil.

CHAPITRE II

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU PACTE SUR SUCCESSION FUTURE D'APRÈS LA DOCTRINE CLASSIQUE

Traditionnellement ces éléments sont au nombre de trois : l'élément conventionnel, l'élément successoral, l'élément éventuel.

Si la discussion des deux premiers est relativement aisée, la qualification du troisième est extrêmement délicate et résume à elle seule toute la difficulté de l'interprétation si nuancée des pactes sur succession future.

§ 1. — L'ÉLÉMENT CONVENTIONNEL

L'idée de convention implique la réunion concomitante de deux volontés distinctes tendant l'une et l'autre à un résultat juridique. L'intention des parties doit porter, pour être illicite, sur le règlement d'une succession à venir.

En principe, un acte unilatéral ne peut jamais être annulé sous la qualification de pacte sur succession future. Mais encore faut-il que la manifestation de la volonté d'un seul individu ne dissimule pas un véritable contrat synallagmatique. La jurisprudence, dans les hypothèses douteuses, s'arroe le droit de rechercher quelle a été l'exacte intention des parties (1). Supposons que le testateur s'engage à laisser une fraction de son patrimoine à un tiers sous la condition que ce tiers lui abandonnera la jouissance viagère de certains biens, ou à charge de l'entretenir jusqu'à son décès. Cet acte juridique qui, extérieurement constitue un testament, c'est-à-dire un acte unilatéral, peut en réalité avoir été précédé d'un accord occulte entre les parties, d'une double promesse contenant des obligations réciproques, en d'autres termes d'un véritable pacte sur succession future.

(1) aff. STEWART; Chambre des requêtes — D. 1853 — 1 — 43.

L'élément conventionnel ne suppose pas seulement la juxtaposition de deux volontés, il exige leur concomitance. Il faut qu'au même instant, les parties aient tendu à l'obtention d'un résultat juridique déterminé. Une donation faite à charge pour le donataire de renoncer à la succession du donateur ou d'un tiers contient l'élément conventionnel, car elle est elle-même un pacte. La condition de renoncer à une succession future s'intègre donc dans le cadre contractuel et à ce titre est frappée de nullité absolue.

La question souffre plus de difficultés si la renonciation est imposée non plus à un donataire, mais à un légataire. Le testament étant un acte essentiellement unilatéral, l'engagement du légataire ne peut avoir été concomitant à la volonté du testateur, sinon le testament dissimulerait un contrat synallagmatique dans lequel la cause de la détermination du disposant aurait été l'engagement de renoncer souscrit par le légataire. L'acte est alors doublement nul en tant que portant atteinte à la prohibition des pactes sur succession future et à la révocabilité des testaments.

Mais il se peut que le testament ne porte aucune trace d'un engagement quelconque du légataire, que le disposant se soit contenté de lui imposer la renonciation, mais postérieurement à son décès. Dans cette hypothèse, l'obligation de renoncer vise la propre succession du disposant; l'acte est incontestablement valable, car sans même rechercher s'il est intervenu un accord de volontés entre les parties, la renonciation ne portera jamais que sur une succession ouverte.

Dans l'hypothèse inverse, quand le legs est assorti de l'obligation de renoncer à une succession autre que celle du testateur, nous nous heurtons à ces graves difficultés d'interprétation du fait que l'acceptation du legs par le gratifié emporte implicitement l'engagement de renoncer à la succession d'un tiers, non encore ouverte. Si donc par la recherche de l'intention des parties, le juge peut acquiescer la conviction que le légataire était irrévocablement lié par l'acceptation de la libéralité, la clause doit être annulée comme constituant une obligation de renoncer à une succession future. Mais si logique puisse paraître cette conception, ne peut-on pas estimer que l'élément obligation est insuffisant, et que l'engagement souscrit par le légataire se situe postérieurement à la détermination du disposant; que par suite la concomitance des volontés n'est pas réalisée en l'espèce ?

Nous ne pouvons en ce chapitre que poser le problème sans chercher à le résoudre. Nous aurons plus tard l'occasion de nous demander si l'insertion de la condition de renoncer dans une libéralité testamentaire constitue un pacte sur succession future (1).

§ 2. — L'ELEMENT SUCCESSORAL

Il faut entendre par succession l'universalité de biens que le de cuius laissera à son décès. Il est nécessaire que la convention soit

(1) Voir II^e Partie — Titre III — chapitre 2.

de nature successorale. Le pacte portant sur une universalité de biens présents ne tomberait pas sous le coup de ma prohibition des articles 791 et 1130 du Code Civil. Telle est la solution d'un ancien arrêt de la Chambre des Requêtes du 4 juillet 1859 (1).

D'autre part la convention, tout en concernant les droits à venir dans la liquidation d'une universalité sera déclarée valable si les droits visés ne dépendent pas précisément de l'ouverture de la succession du promettant. Par exemple, il est permis à un époux, marié sous le régime de la communauté, de céder à un tiers ses droits dans la communauté. Dans une société de personnes, un associé peut, avant la dissolution, aliéner ses droits sociaux en faveur d'un tiers. La convention intervenue est inopposable aux co-associés du cédant à raison de l'*intuitus personae* qui existe à la base de la société de personnes, mais entre les parties elle conserve toute son efficacité et permet au cessionnaire, le jour de la liquidation, de réclamer à son co-contractant le bénéfice retiré par lui du partage de la société.

Voici une quarantaine d'années, le caractère successoral du pacte prohibé souleva en doctrine et en jurisprudence des discussions passionnées quand se posa la question de la validité de la clause de renonciation de l'ascendant donateur au droit de retour légal que lui confère l'art. 747 du Code Civil. On sait que cette clause de renonciation avait été introduite dans les contrats de mariage par la pratique notariale, afin de permettre au conjoint survivant d'exercer son usufruit légal sur les biens soumis au droit de retour qui, au cas de décès prématuré d'un époux encore jeune, constitue en général le plus clair de sa fortune.

L'art. 767 du Code Civil précise en effet que l'usufruit du conjoint survivant ne peut en aucun cas porter sur les biens du prémourant soumis au droit de retour légal. La Cour de Cassation critiquée d'ailleurs par la doctrine, et contrairement à la lettre du texte de l'art. 767 a décidé dans l'arrêt précité des Chambres Réunies du de calcul; la raison qu'elle en donne est que ces biens constituent exclus non seulement de la masse d'exercice, mais même de la masse 2 juillet 1903 que les biens soumis au droit de retour légal étaient une succession ordinaire. L'ascendant donateur doit recevoir directement les biens donnés par lui à son enfant prédécédé. L'inclusion de ces biens dans la masse de calcul aurait pour conséquence de ne les lui faire parvenir qu'indirectement, par l'intermédiaire de la succession du de cujus.

Les résultats pratiques de cette jurisprudence sont extrêmement défavorables au conjoint survivant. On peut même douter de leur valeur sociale, car il est permis de se demander si l'intérêt général n'exige pas que les biens passent entre des mains jeunes, désireuses de les faire fructifier plutôt que dans le patrimoine d'une personne d'un âge avancé. Le législateur du Code Civil s'est d'ailleurs inspiré de cette conception lors de la réglementation des successions déférées aux ascendants et aux collatéraux privilégiés : aux termes de l'article 751 du Code Civil, la part héréditaire de l'ascendant prédécédé dans la succession du de cujus accroît aux frères et sœurs

(1) S. 1859 — 1 — 758.

du défunt, et non pas à l'ascendant survivant qui ne succède jamais que dans la proportion d'un quart.

Ces considérations ne sont pas à négliger. Cependant la jurisprudence semble définitivement fixée en ce sens, si bien que le conjoint survivant, sans fortune personnelle, peut se trouver brusquement plongé dans la misère au cas où la quasi-totalité du patrimoine de l'époux prémourant est constitué par des biens donnés entre vifs, par exemple à l'occasion de son mariage. Aussi la pratique notariale avait-elle pris l'habitude d'insérer dans les contrats de mariage une clause suivant laquelle l'exercice du droit de retour ne ferait pas obstacle aux divers avantages résultant pour le conjoint, soit d'une convention, soit de la loi. On tendait ainsi à permettre l'exercice du droit d'usufruit du conjoint survivant sur les biens de la succession anormale.

Mais il advint que, postérieurement au mariage, des ascendants donateurs regrettèrent leur acte de générosité et prétendirent que la clause contenait une renonciation à une succession non ouverte. La question se posa donc en jurisprudence de décider si cette renonciation concernait un droit de nature successorale, si la succession dite « anormale » comportait une vocation héréditaire, ou si, plus simplement, elle n'était qu'une interprétation légale de la volonté des parties, une variante du droit de retour conventionnel.

De savants auteurs, entre autres, M. GAUDEMET (1) défendirent la validité de la clause dont la nature exacte s'analysait, suivant leur opinion en une clause de retour conventionnel tacitement sous-entendu. C'est pour cette raison, écrivait M. GAUDEMET, que, seuls, les descendants du donataire peuvent hériter des biens donnés et s'opposer à l'ouverture de la succession anormale. Si le droit de retour était en effet un véritable droit de succession, les héritiers du donataire quels qu'ils soient, ne devraient-ils pas profiter des biens donnés au même titre que ses successibles en ligne directe ?

M. GAUDEMET concluait logiquement au droit pour l'ascendant donateur d'apporter à la donation par lui consentie les modalités conventionnelles qui lui sembleraient nécessaires, mais cette thèse qui avait été rejetée par la Chambre Civile le 24 juillet 1901 (2) le fut de nouveau définitivement par l'arrêt des Chambres Réunies du 2 juillet 1903 (3). La Cour de Cassation décida que tout en tenant compte de l'intention des parties, le législateur avait fixé impérativement les conditions d'exercice du droit de retour légal. Ce droit exige une vocation héréditaire qui ne peut être valablement, au nom de la prohibition des pactes sur succession future, anéantie par une renonciation conventionnelle et anticipée. Cette jurisprudence profondément regrettable au point de vue social fut vivement critiquée par la doctrine mais la pratique découvrit rapidement des palliatifs destinés à y remédier (4).

(1) Revue trimestrielle de Droit Civil — 1902 p. 739 et suivantes.

(2) S. 1901 — 1 — 403.

(3) D. P. 1903 — 1 — 353 — S. 1903 — 1 — 65 — note de M. LRON CAEN.

(4) Voir infra : II^e Partie — Titre III — chapitre I — section 2.

L'article 791 du Code Civil qui interdit les renonciations à succession future est donc absolument général dans ses dispositions. Il s'applique aux successions *ab intestat* et testamentaires, régulières et irrégulières, comme au droit de retour légal de l'ascendant donateur. La suite de notre travail nous démontrera que l'institué contractuel ne peut pas lui non plus renoncer à sa vocation héréditaire (1).

Enfin peu importe que la convention soit à titre universel ou à titre particulier. La vente d'un bien déterminé d'une succession à venir est nulle aussi bien que celle d'une hérédité tout entière ou d'une quote-part de cette hérédité. Cependant quelques auteurs, et particulièrement M. MORIN, dans sa thèse consacrée aux « Pactes sur succession future en Droit positif Moderne », ont cru pouvoir soutenir que la nullité n'était encourue qu'au cas où la convention est à titre universel, exception faite des pactes sur la succession d'autrui où le *votum mortis* annule la convention quelle qu'en soit l'étendue.

Ces auteurs estiment que la promesse de vente portant sur un immeuble déterminé doit être validée, quand même la levée d'option ne serait réalisable qu'après l'ouverture de la succession car elle peut s'analyser en une stipulation *post mortem promittentis* dont le plein effet ne sera atteint qu'au décès du de cujus. Au contraire, l'engagement souscrit par une personne quelconque de céder à son co-contractant la totalité des immeubles de la succession serait nulle, car elle priverait les héritiers d'une quote-part universelle du patrimoine de leur auteur.

Que faut-il penser de ce raisonnement ? Il ne semble pas qu'il puisse résister à la critique, si peu approfondie soit-elle. Il tend à confondre l'élément successoral et l'élément éventuel. Le fait que la convention ne porte que sur un objet déterminé ne prouve nullement qu'elle constitue une promesse *post mortem*; le droit du bénéficiaire peut n'être qu'éventuel; sa naissance et non pas seulement son exigibilité peut être subordonnée au prédécès du promettant. On ne peut nier d'ailleurs que le contrat par lequel le de cujus accorderait à un tiers le droit de prélever un immeuble sur sa succession, en d'autres termes la qualité de légataire à titre particulier serait incontestablement nul. Le caractère universel ou particulier du pacte n'influe pas sur sa nature qui ne dépend que de la réunion des éléments conventionnel, successoral et éventuel. L'annulation de la clause commerciale par la jurisprudence de la Cour de Cassation est d'ailleurs la manifestation la plus éclatante de l'inexactitude du système restrictif.

Mais l'élément successoral implique encore une autre condition : l'objet de la convention doit être envisagé en tant qu'il fait partie de la succession à venir et non du patrimoine actuel du promettant. Cette remarque nous entraîne à la discussion du troisième élément, le droit éventuel, le plus délicat, le plus nuancé, en un mot, la grande source des controverses tant doctrinales que jurisprudentielles.

(1) Voir infra : II^e Partie — Titre III — chapitre 3.

§ 3. — LE DROIT EVENTUEL

C'est en l'existence de ce troisième élément que l'immense majorité de la doctrine croit reconnaître le critère du pacte prohibé.

Il n'est pas douteux que le pacte sur succession future est générateur d'un droit. La vente par un héritier présomptif de la succession future du donateur fait naître, abstraction faite de la nullité édictée par l'article 1600 du Code Civil, un droit au profit de l'acquéreur, mais comment déceler la nature exacte de ce droit ?

D'autre part, il intervient une notion importante : celle de titre successif dont les contours exacts tendent parfois à se confondre avec ceux du droit éventuel. Ce titre successif ou cette vocation héréditaire sont incontestablement des qualités requises dans la personne du promettant, mais le problème à nous posé est de discerner la nature du droit qui, par l'effet du contrat, est transmis au bénéficiaire. A ces fins envisageons dans une première subdivision l'effet du contrat à l'égard du bénéficiaire, dans une seconde la nature intime de ce droit, et dans une troisième, la distinction du pacte prohibé et de la promesse *post mortem*.

1. — EFFET DU CONTRAT A L'EGARD DU BENEFICIAIRE.

En ce qui concerne les pactes *de succedendo*, l'effet du contrat est de créer au profit du bénéficiaire une vocation héréditaire, un titre successif. Le bénéficiaire de la promesse acquiert un droit que la terminologie française qualifie d'éventuel, terme un peu vague, dont le défaut est de ne pas se différencier suffisamment de la notion de droit conditionnel. Le bénéficiaire se trouve dès lors dans la situation d'un héritier; il n'est pas créancier du promettant: son droit n'est même pas susceptible de mesures conservatoires. Il n'a qu'une simple expectative, qu'une simple espérance. Il n'est pas en droit d'interdire au de cujus de gaspiller son patrimoine ou de se ruiner en libéralités inconsidérées. Il doit attendre pour agir le décès du promettant. Ce n'est qu'après ce décès, et par le fait même de ce décès, que son droit prendra vie et qu'il sera possible de le défendre en justice.

Par cet exemple, nous comprenons en partie en quoi le titre successif se confond avec le droit éventuel; quand nous écrivions que le pacte prohibé avait pour effet de créer au profit du bénéficiaire un titre successif, une vocation héréditaire, nous aurions pu, avec autant d'exactitude écrire qu'il naissait au profit du bénéficiaire un droit éventuel, car le droit héréditaire est justement un droit dont tous les caractères appartiennent au droit éventuel. Sans doute, nous craindrions d'affirmer que ces deux notions se confondent, mais en réalité il n'existe entre elles qu'une différence d'espèce à genre.

Le raisonnement simple, facile et clair, s'agissant de pactes *de succedendo*, présente plus de nuances et de difficultés si nous envisageons les pactes *de hereditate tertii* et de *non succedendo*.

Le pacte *de hereditate tertii* consiste, nous l'avons vu, dans le fait pour un héritier présomptif d'aliéner les droits à venir qu'il

est susceptible d'exercer dans la succession du de cuius, ou plus généralement de se dépouiller avec ou sans contre-partie de biens figurant parmi les éléments d'une succession non ouverte. La qualification du pacte sur la succession d'autrui exige par définition, l'existence de la vocation héréditaire chez le promettant. Mais nous venons de voir que cette qualité du promettant est la condition *sine qua non* du pacte sur succession future, puisque seule elle permet de différencier le pacte prohibé de la vente de la chose d'autrui, et la raison d'être de cette différenciation n'est pas simplement d'accorder une satisfaction à l'esprit, elle comporte, en effet, un réel intérêt pratique. La convention sur une succession non ouverte est frappée de nullité absolue, tandis que la sanction de la vente de la chose d'autrui n'est, d'après les enseignements d'une jurisprudence déjà fort ancienne (1) qu'une nullité relative.

Mais il nous faut préciser la nature du droit acquis par le bénéficiaire : est-ce un droit héréditaire, un titre successif ? Peut-on considérer qu'il est intervenu une véritable subrogation conventionnelle et que l'ayant-cause du cédant est subrogé dans ses droits ? Raisonner ainsi serait commettre une erreur profonde car l'intervention du pacte sur succession future n'a nullement anéanti la vocation héréditaire du cédant pour la transférer à son ayant-cause. Le cédant ne devient pas étranger à la succession ; quand celle-ci vient à s'ouvrir, il doit l'accepter pour que le contrat litigieux produise des effets, et du fait de cette acceptation, il est tenu des dettes du défunt *ultra vires hereditatis*. L'ayant-cause n'a donc pas acquis un titre successif, mais un simple droit éventuel. La naissance de ce droit est subordonnée à l'ouverture de la succession du de cuius et à son acceptation par le cédant. Jusque là le droit du cessionnaire n'est qu'une espérance dont la réalisation ne comportera aucune rétroactivité.

Les pactes de non succedendo, ou pactes de renonciation, exigent également, comme les deux catégories précédentes la vocation héréditaire chez le renonçant, car c'est justement en fonction de cette qualité que l'héritier est amené à consentir par convention une renonciation anticipée. Mais exception faite de l'hypothèse où la renonciation a lieu *in favorem*, elle n'est pas créatrice d'un droit au profit du co-contractant puisqu'elle constitue un acte purement abdicatif. On peut remarquer d'ailleurs que même au cas où la renonciation est faite *in favorem*, elle n'emporte pas pour le co-contractant création d'un titre successif, puisque par définition, ce titre successif est préexistant et que, seule cette préexistence lui permet de se prévaloir de la renonciation.

Il est entendu qu'au cours des explications précédentes, nous avons fait volontairement abstraction des articles 791, 1130 et 1389 du Code Civil, et ceci pour faciliter notre raisonnement.

Concluons donc que le trait dominant du pacte prohibé celui que nous avons rencontré dans chacune de ses trois catégories est l'exis-

(1) Cassation Civile : 23 janvier 1832 — S. 1832 — 1 — 665.

D. J. G. V° Vente n° 545.

Cassation Requêtes : 15 janvier 1934 — D. H. 1934 — p. 97.

tence d'un droit éventuel. Si le titre successif demeure lui aussi une condition essentielle, il se limite à la personne du promettant. Il peut être créé par le pacte de *hereditate tertii* dans la personne du bénéficiaire qui, par contre, acquiert un droit éventuel, subordonné à la mise en œuvre de la vocation héréditaire du promettant.

Il ne suffit pas d'étudier les effets du pacte sur succession future. Nous nous sommes efforcés de démontrer qu'ils consistaient en la création d'un droit éventuel. Mais qu'est-ce que cette catégorie de droits ? Peut-on la différencier aisément des droits à terme ou sous condition ?

2. — LA NATURE INTIME DU DROIT CONFERE PAR LE PACTE SUR SUCCESSION FUTURE.

Le concept de droit éventuel est extrêmement délicat à définir. D'après d'éminents civilistes (1), c'est un droit accordé aux héritiers présomptifs d'une personne, sous la double condition qu'ils lui survivront et recueilleront sa succession.

Cette définition présente, il nous semble, une double faiblesse : elle tend à confondre le droit héréditaire et le droit éventuel, solution contraire à la thèse que nous venons d'exposer, puisque nous avons admis que le pacte sur succession future peut parfois entraîner la naissance d'un droit éventuel sans qu'il en résulte une vocation héréditaire au profit du bénéficiaire. D'autre part, il nous paraît préférable d'écarter de la définition du droit éventuel le mot condition, dont l'emploi risquerait de susciter une confusion.

Il faut reconnaître que la jurisprudence n'a pas contribué à fixer la terminologie. C'est ainsi qu'un arrêt (2) de la Chambre des Requêtes vise dans ses attendus « un droit éventuel soumis à la réalisation d'une condition ». Sur ce point, la doctrine éprouve elle aussi des hésitations. DEMOLOMBRE (3) écrit au sujet du droit des appelés dans la substitution permise « ils n'ont qu'une espérance, mais il faut reconnaître qu'elle constitue un véritable droit conventionnel ».

Nous définirons plus efficacement le droit éventuel en insistant sur les frontières qui le séparent du droit à terme et du droit conditionnel.

La convention créatrice d'un droit éventuel ne fait naître qu'une simple espérance. Elle est essentiellement aléatoire. Sans doute la réalisation de ce droit est soumise à un événement futur et incertain, en l'occurrence l'ouverture de la succession du de cujus, mais cet événement constitue un élément principal du pacte, tandis qu'au cas de droit conditionnel, la convention est parfaite en soi, et n'est affectée d'une condition que dans ses modalités d'exécution.

Le terme ne fait que suspendre l'exigibilité de la dette et non

(1) PLANIOL et RIPERT. — Traité Élémentaire de Droit Civil français. Tome II — n° 652 p. 233.

(2) 13 novembre 1893 — S. 97 — 1 — 516.

(3) DEMOLOMBRE — Traité des Donations entre vifs et des Testaments § 597 p. 561.

pas sa naissance. L'obligation existe immédiatement du fait de la conclusion du contrat et non pas de l'arrivée du terme. Le droit du créancier à terme est susceptible de mesures conservatoires et la déchéance du terme peut intervenir si le débiteur tombe en déconfiture ou en faillite, conformément à l'article 1188 du Code Civil. Enfin le terme peut être incertain quant à sa date mais non pas quant au fait matériel de sa survenance. Le décès d'une personne est l'exemple le plus classique de terme incertain.

La notion de *condition* est toute différente : la condition peut se réaliser comme elle peut défaillir. Au cas de réalisation, ses effets rétroagissent au jour de la convention, mais abstraction faite de cette rétroactivité, fortement critiquée d'ailleurs en doctrine (1), il existe entre les parties des liens de droit dès la passation du contrat. Le droit de chacun des co-contractants est *actuel*; il est plus qu'une espérance et comporte des effets immédiats, sensiblement analogues à ceux de l'obligation à terme. En particulier, le créancier à terme ou sous condition peut céder valablement son droit. Nous trouverons par la suite une conséquence importante de cette conception, quand nous étudierons la nature juridique du droit de l'appelé dans la substitution permise. (2)

En théorie, la distinction du droit éventuel, du droit conditionnel et du droit à terme apparaît relativement claire. Elle l'est moins si, quittant le plan de l'abstraction, nous entreprenons de l'appliquer à des cas d'espèce.

3. — PACTES PROHIBES ET STIPULATIONS « POST MORTEM ».

Rappelons à ce sujet la définition du pacte sur succession future établie par M. CAPITANT dans une note au Dalloz Périodique 1929 — 2 — 105 sous un jugement du tribunal de la Seine du 24 décembre 1928 et que le savant auteur a reproduite dans un article paru à la Revue Critique de Législation et de Jurisprudence de 1933 : « la convention qui donne au contractant un droit non sur les biens actuels du disposant, mais un droit contre la succession ou si l'on veut contre les héritiers, c'est-à-dire un droit éventuel ».

Qu'implique exactement cette définition ? M. CAPITANT écrit que le droit du bénéficiaire ne peut être exercé contre le disposant mais contre les seuls héritiers. Si le décès du promettant n'est envisagé qu'à titre de terme, le droit du bénéficiaire existe immédiatement. Par exemple, ne constitue pas un pacte prohibé la promesse de payer une somme d'argent au décès de telle personne, ou si telle personne meurt avant telle date. Le droit du bénéficiaire est né, seule son exigibilité est retardée, mais la promesse viendra immédiatement à exécution si le débiteur, c'est-à-dire le promettant, tombe en faillite ou en déconfiture (article 1188 du Code Civil). Par contre, la promesse de payer la même somme d'argent sur des biens à

(1) COLIN et CAPITANT — Tome II — 8^e Edition p. 370 n° 400.

(2) Voir Infra — II^e Partie — Titre II — Chapitre I.

venir par succession constitue un pacte prohibé (1). Le bénéficiaire n'a plus, en effet, qu'une espérance dont la réalisation, sur le plan juridique, est subordonnée à l'ouverture de la succession envisagée par les parties, et à son acceptation par le promettant.

Telle est la conception de la doctrine et de la jurisprudence (2) modernes. Elles admettent l'une et l'autre qu'aucun principe ne s'oppose à ce qu'un contractant retarde l'exécution de son engagement à son décès ou à celui d'un tiers, afin d'en charger définitivement ses héritiers, pourvu que lui-même soit lié originairement et que son obligation soit comprise dans sa succession. Elle tend à distinguer entre les pactes sur succession future proprement dits, et les stipulations *post mortem promittentis*, à prohiber les premiers, à valider les secondes.

Les jurisconsultes fondent cette conception sur des textes du droit Romain (3) : est valable tout contrat par lequel le promettant s'oblige en même temps qu'il oblige ses héritiers. Seuls sont nuls les contrats par lesquels le promettant ne s'engage pas lui-même mais engage seulement ses héritiers. Cette distinction classique a été la source d'efforts désespérés de la doctrine en vue de valider la clause de conservation du fonds de commerce propre à l'époux précédé (4).

Cependant, en approfondissant quelque peu l'analyse juridique du pacte sur succession future, nous constatons que même du fait de la convention prohibée, le promettant se trouve obligé. Dans l'institution contractuelle, le pacte sur succession future par excellence, l'instituant est irrévocablement engagé. Il ne peut détruire sans le consentement de l'institué (5) la vocation héréditaire que le contrat vient de créer. Il s'oblige d'autre part à ne pas disposer à titre gratuit des biens compris dans l'institution.

Mais cette objection n'est nullement de nature à créer une confusion entre le pacte sur succession future et la promesse *post mortem promittentis*. La qualification de la convention doit, nous l'avons vu, s'apprécier moins en fonction de la personne du promet-

(1) Cassation Requêtes — 15 février 1897 — S. 1898 — 1 — 86 — 2 janvier 1874 — S. 1874 — 1 — 350 — En pratique la question se pose quand un héritier a pris l'engagement vis-à-vis des créanciers de payer la totalité des dettes héréditaires. Si l'ouverture de la succession n'est envisagée qu'à titre de terme, la convention est valable. Si, par contre, l'héritier ne s'est engagé à payer ces dettes que dans la mesure où il serait appelé à recueillir la succession, la convention est nulle en tant que pacte sur succession future.

(2) PARIS — 5 décembre 1929 — S. 1930 — 2 — 57 — Note GENY.

(3) Code Justinien — De contrahenda et commitenda stipulatione — VIII — 37 constitution II — Ut actiones et ab heredibus et contra heredes excipiant IV — II — constitution unique — Consulter AUBRY et RAU — 5^e édition T. IV § 346 p. 567 texte et notes 7 — 8 quater.

(4) Consulter à ce sujet la thèse précitée de M. ZIMMERMANN (Nancy 1935).

(5) Le mutus dissensus est d'ailleurs impuissant à supprimer la vocation héréditaire de l'institué. Il porterait atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales et s'analyserait en une renonciation anticipée à un droit héréditaire.

tant que de celle du bénéficiaire. Dans le pacte sur succession future, il n'est pas douteux qu'une obligation pèse sur le promettant, sinon il serait vain de baptiser une semblable opération de « convention portant sur une succession non ouverte ». Mais cette obligation du promettant n'est créatrice au profit du bénéficiaire que d'une simple espérance, d'un droit éventuel, tandis qu'au cas de stipulation *post mortem*, elle crée en faveur de ce bénéficiaire un véritable droit de créance, dont l'exigibilité se trouve par le fait de la volonté des parties retardée jusqu'au décès du promettant.

Prenons l'exemple de la vente (1) : le principe du transfert immédiat de la propriété par l'effet du contrat, principe énoncé par l'article 1138 du Code Civil n'est pas d'ordre public. Il peut être valablement stipulé que l'acheteur n'entrera en possession ou même ne deviendra propriétaire qu'au jour du décès du vendeur. Dans cette hypothèse, le contrat fait naître immédiatement un droit réel, un droit de propriété au profit de l'acheteur, mais son exigibilité est retardée. Ce droit existe; tôt ou tard, il sera mis à exécution, et si le vendeur vient à tomber en faillite ou en déconfiture, l'article 1188, prévoyant en cette hypothèse la déchéance du terme, le bien aliéné ne fera plus partie de la succession. Par la mise en œuvre de l'exigibilité du droit à terme, il figurera immédiatement dans le patrimoine de l'acheteur, et les héritiers demeureront étrangers à l'opération (2).

Par contre, l'effet de la vente est tout différent si le de cujus vend un bien à prélever sur sa succession. L'obligation de vendre pèse désormais sur les héritiers. Le droit de l'acheteur ne prendra naissance que par le fait de l'ouverture de la succession, sous la forme d'un droit de créance et non d'un droit réel.

Dans une situation toute voisine de celle que nous examinons actuellement, la jurisprudence a fait une application très claire de la distinction du pacte sur succession future et de la promesse *post mortem*. Il s'agissait d'un bail d'immeuble dont le prix était stipulé payable au décès du preneur. Cette convention en soi était licite; on pouvait en effet considérer que le décès était envisagé à titre de terme, et non pas de fait générateur du droit de bailleur. Mais il existait, dans la convention, une autre clause prévoyant que le prix afférent au bail serait payé par tel héritier déterminé et non pas par la succession prise *in globo* (3).

La Cour de Cassation annula cette clause (4), qualifiée à juste

(1) Consulter CAPITANT — Note sous l'arrêt de la Cour de Paris du 21 février 1930 (affaire CREMIEUX) — D. P. 1931 — 2. p. 1.

(2) Ce qui n'empêche nullement les héritiers d'être tenus de l'exécution de l'obligation de leur auteur, au cas de décès de celui-ci, si tout au moins ils acceptent la succession. Nous entendons simplement exprimer que les héritiers ne sont tenus d'aucune obligation qui leur soit spéciale, c'est-à-dire à laquelle le de cujus n'aurait pas souscrit.

(3) En cette hypothèse, en effet, les héritiers auraient été tenus de la dette en qualité de continuateurs de la personne du défunt; au cas de renonciation, seule la succession eut été tenue.

(4) Cassation civile : 17 juin 1911 — S. 1913 — 1 — 543.

raison de pacte sur succession future, l'exercice des droits du bailleur étant subordonné à la survie de l'héritier et à son acceptation de la succession, c'est-à-dire atteint non pas seulement dans son exigibilité mais dans sa naissance. En un mot, le contrat de bail aboutissait à créer au profit du preneur un droit privatif, un droit éventuel sur une succession non ouverte. Ce n'était pas le patrimoine du preneur qui se trouvait frappé par le fait de la convention mais uniquement celui d'un des héritiers.

M. CAPITANT, dans sa note précitée sous l'arrêt CREMIEUX, applique la distinction du pacte sur succession future et de la stipulation *post mortem* à la promesse de vente : la promesse de vente d'un bien héréditaire est entachée de nullité au même titre que la vente pure et simple, mais encore faut-il que le droit du bénéficiaire soit déterminé dans sa naissance et non pas seulement dans son exigibilité par le décès du promettant. Par exemple, l'acte est valable si je vous promets de vous vendre tel bien qui m'appartient actuellement, en vous donnant le droit de lever l'option au plus tard au moment de mon décès, ou dans l'espace d'un délai dès maintenant fixé et dont l'expiration peut avoir lieu postérieurement à mon décès. La créance de mon co-contractant existe immédiatement. Je serai susceptible de dommages-intérêts si je n'exécute pas ma promesse et l'action paulienne sera recevable contre les aliénations faites en fraude des droits du bénéficiaire.

Mais si je passe un contrat par lequel je vous permets de prélever sur ma succession un bien déterminé moyennant le paiement de son prix à mes héritiers, je fais un pacte sur succession future, car cette promesse n'est opposable qu'à mes seuls héritiers et le droit que je concède ne naîtra qu'après mon décès et contre mes héritiers. Si je cède avant mon décès le bien sur lequel porte la convention, je ne suis pas passible de dommages-intérêts vis-à-vis de mon co-contractant ; la promesse est devenue caduque par disparition de l'objet. Telle est d'ailleurs à notre avis l'analyse la plus exacte de la clause commerciale. (1)

Ces développements un peu abstraits sont d'une grande importance pour la suite de notre travail. La difficulté de différencier la promesse *post mortem* du pacte sur succession future est en effet la source de la plupart des litiges qui, depuis une quinzaine d'années, se sont présentés en ce domaine devant les tribunaux. Sans cesse la pratique s'est efforcée d'étendre le champ d'application des stipulations *post mortem* afin de sauvegarder les clauses que l'opinion courante estimait licites. Ce fut le cas de la clause commerciale. Nous verrons que ce fut aussi en invoquant la notion de stipulation *post mortem* que la jurisprudence valida les promesses de vente réalisables même après décès. D'autre part cette distinction classique est intimement liée au concept de droit éventuel qui domine notre sujet et constitue, si l'on peut s'exprimer ainsi le *leit-motiv* de la matière des pactes sur succession future.

(1) Voir infra : II^e partie — Titre I — chapitre I § 2.

CHAPITRE III

LES MOTIFS INVOQUÉS A L'APPUI DE LA PROHIBITION ET LEUR VALEUR ACTUELLE

Notre introduction à l'étude des pactes sur succession future ne saurait être complète si nous ne consacrons quelques développements à l'examen des motifs invoqués à l'appui d'une prohibition aussi rigoureuse. Le Code Civil s'est montré sévère à l'égard des pactes successoraux. Comment expliquer et comment justifier cette attitude ?

Il est indispensable, pour répondre à cette question avec quelque chance de réussite, d'avoir constamment présente à l'esprit l'idée que les pactes sur succession future empruntent à la fois au domaine des successions et à celui des obligations. Les motifs de la prohibition sont profondément différents suivant que nous envisageons le pacte en son caractère successoral ou en son caractère obligatoire.

Etudions dans une première section le fondement classique de la prohibition et dans une seconde la valeur de ce fondement en droit positif.

SECTION I — LE FONDEMENT CLASSIQUE DE LA PROHIBITION

Quand les rédacteurs du Code Civil ont eu en vue les pactes successoraux en tant qu'ils touchent *au droit des successions* la prohibition fut motivée par le désir de rompre avec les coutumes nobiliaires et aristocratiques de l'Ancien Régime. Nous avons fait précédemment allusion à ce souci purement politique en étudiant l'état de la législation intermédiaire.

Les rédacteurs du Code Civil craignaient que la tolérance des pactes successoraux ne fût employée par certaines familles dans un but conservateur, nous écrivions plus volontiers réactionnaire. Ils

redoutaient un retour offensif des anciennes pratiques coutumières et, à ces fins, établirent un ordre légal des successions, qu'ils entendaient faire respecter par les particuliers. Telle est la véritable raison de l'insertion dans le Code Civil de l'article 791. Le droit successoral était en 1804 érigé en matière de droit public; c'est en partie sur lui qu'allaient reposer les assises de la société nouvelle.

Les travaux préparatoires des articles 791, 1130 et 791 renforcent d'ailleurs les considérations qui précèdent; lors de la discussion du projet devant le Corps législatif, le tribun MOURICAULT invoqua l'égalité des partages; quant au tribun CHABOT, il déclarait : « les renonciations auxquelles on forçait les filles de souscrire par leur contrat de mariage et sans lesquelles on ne leur permettait guère de se marier avaient donc la même tache d'injustice et de féodalité que les exclusions coutumières; elles blessaient également la nature et l'égalité et il fallait les proscrire (1).

Mais quand le législateur de 1804 considérait le pacte sur succession future au point de vue de l'obligation, un autre motif l'incitait à maintenir la prohibition romaine : la convention est illicite car elle porte sur un objet immoral et dangereux; elle constitue une menace pour la vie du de cujus; en d'autres termes nous assistons à une résurrection de cette notion de *votum mortis* que l'Ancien Droit avait quelque peu oubliée. C'est ainsi que PORTALIS déclarait devant le Corps Législatif lors de la discussion de l'art. 1600 : « L'homme est hors de prix, sa vie ne saurait être l'objet d'un commerce, sa mort ne peut devenir l'objet d'une spéculation mercantile. La cupidité qui spéculé sur les jours d'un citoyen est souvent bien voisine du crime qui peut les abréger ».

Nous ne saurions citer de déclaration plus édifiante; les rédacteurs du Code Civil posent comme un principe *a priori* que le pacte sur la succession d'autrui entraîne inéluctablement dans l'esprit de l'acquéreur le *votum mortis captandae*.

Les auteurs ont parfois mis en avant une troisième idée, celle de lésion; l'héritier qui céderait à un tiers ses droits éventuels dans une succession à venir, ou qui renoncerait à sa vocation héréditaire serait présumé subir une lésion, car si le titre d'héritier est certain, irrévocable, sa valeur, c'est-à-dire l'importance exacte de son émolument est essentiellement aléatoire. On peut craindre que le fils de famille, pressé d'argent, ne consente, sous l'influence d'usuriers, la cession d'une hérédité importante dans des conditions léonines; l'incertitude et l'aléa de l'opération sont un prétexte pour l'usurier de diminuer aux yeux du fils de famille endetté la valeur de la succession à laquelle il nourrit l'espérance d'être appelé un jour. Suivant cette doctrine, la nullité du pacte successoral serait édictée moins pour des raisons d'ordre public, que par un souci de protéger les intérêts de quelques personnes dont la volonté est présumée entraînée, mais on aboutit ainsi à déplacer quelque peu le centre de gravité du problème.

La prohibition des renonciations à succession future pourrait également se justifier par le souci du législateur d'épargner une lésion au renonçant autant que par celui d'éviter le retour des ancien-

(1) Locré — T. X p. 255.

nes pratiques nobiliaires. Si l'on évoque les conditions dans lesquelles les enfants dotés étaient, dans l'Ancien Droit, amenés à consentir une renonciation à la succession de leurs parents, l'idée se justifie en partie. L'enfant en général mineur était dans l'impossibilité la plus absolue de se faire une image exacte des conséquences de son acte, d'autant plus que fréquemment il agissait plus sous l'empire de la crainte révérentielle que par une volonté librement éclairée.

Ainsi peuvent se résumer les motifs que la doctrine classique propose à l'appui de la prohibition des pactes sur succession future. Leur force apparente provient du fait qu'ils sont puisés dans les domaines les plus variés : dans l'ordre politique, l'ordre juridique, l'ordre moral, l'ordre économique. Dans une seconde section, il nous appartient donc de déceler la valeur exacte de ces motifs, en les confrontant avec la structure et l'esprit général de la société moderne.

SECTION II — LA VALEUR DE CE FONDEMENT EN DROIT POSITIF

L'étude qui va suivre nous permettra de constater qu'elle est extrêmement faible, si faible même que de nombreux auteurs estiment que la prohibition, envisagée au travers des motifs qui l'ont à l'origine inspirée, n'a plus actuellement de raison d'être.

§ 1. — LE FONDEMENT MORAL

Un examen superficiel du pacte sur la succession d'autrui serait susceptible de nous déterminer à répondre que ce fondement a conservé toute sa force ? Nous n'éprouvons en effet nullement l'intention de nier que la vente d'une succession à laquelle le cédant a l'espérance d'être appelé un jour soit une convention dangereuse et suscite dans l'esprit du cessionnaire le *votum mortis captandae*. Le *votum mortis* est, en effet, profondément immoral, et suivant les déclarations de PORTALIS devant le Corps Législatif, lors de la discussion de l'article 1600, « la cupidité qui spéculé sur les jours d'un citoyen est souvent bien voisine du crime qui peut les abréger ».

Mais il suffit de nous dégager durant un instant de la matière des pactes sur succession future pour constater que le *votum mortis* peut exister dans des opérations juridiques déclarées par la loi et la jurisprudence éminemment licites. Prenons l'exemple de l'assurance sur la vie. Elle s'analyse en une stipulation pour autrui, révocable jusqu'à l'acceptation de l'offre par le bénéficiaire, mais passé ce jour le stipulant est définitivement lié. Or le *votum mortis* ne peut-il pas à la longue naître en l'esprit du bénéficiaire, et susciter une détermination aussi dangereuse qu'inavouable ? La vie quotidienne et les annales de la justice criminelle ne nous permettent-elles pas parfois de regretter que l'assurance sur la vie constitue, entre les mains des empoisonneurs, un moyen de retirer un profit substantiel du décès prématuré de leur victime ?

Mais envisagée à d'autres points de vue et en dépit du *votum mortis* susceptible d'en vicier le fonctionnement, l'assurance sur la vie apparaît comme une institution de haute valeur sociale. Elle peut être utilisée par le père de famille soucieux de ménager l'avenir de son épouse et de ses descendants. Elle a pris à l'époque moderne une importance prodigieuse et s'est répandue dans toutes les classes de la société, si bien qu'il ne viendrait plus actuellement à l'esprit de personne de soutenir qu'elle doit être prohibée au même titre que les conventions sur succession non ouverte sous le prétexte qu'elle risque de provoquer le *votum mortis*.

Nous avons cité l'exemple de l'assurance sur la vie; mais sans envisager une hypothèse aussi spéciale, que le Code avait d'ailleurs passée sous silence et qui n'a été consacrée que par la loi du 13 juillet 1930, que devons-nous penser de la donation avec réserve d'usufruit, ou plus généralement de l'institution de l'usufruit ? Le nu-propriétaire, par définition, n'est-il pas enclin à souhaiter ardemment le décès de l'usufruitier qui, seul, lui permettra d'entrer en possession du bien soumis à l'usufruit et de retirer des bénéfices qu'il lui a fallu attendre peut-être durant de longues années. Le *votum mortis* est une conséquence du mécanisme de l'usufruit; il n'est pas alors moins caractérisé qu'au cas de convention portant sur une succession non ouverte; il existe même quelles que soient les sources de l'usufruit, légale ou conventionnelles, tandis qu'en matière de pacte sur succession future le *votum mortis* n'apparaît nettement qu'au cas de pacte sur la succession d'autrui.

Le raisonnement que nous venons de formuler est d'une application aussi rigoureuse à l'hypothèse de vente avec constitution de rente viagère; le débirentier, c'est-à-dire l'acheteur, est l'objet de sollicitations opposées de la part de sa conscience morale et de ses intérêts pécuniaires; s'il devient insolvable, la situation risque d'être extrêmement gênante; pour s'affranchir d'une dette qui lui pèse, le débirentier peut à la longue céder à l'influence pernicieuse et néfaste du *votum mortis captandae*.

Retenons de ces exemples que le fondement moral de la prohibition n'est pas particulier au domaine des pactes sur succession future, et surtout qu'il ne l'est pas au domaine des conventions que le législateur ou la jurisprudence déclarent entachées de nullité. Le *votum mortis* est pour ainsi dire inclus dans la structure juridique d'opération, éminemment licites et socialement utiles, telles que l'assurance sur la vie, la donation avec réserve d'usufruit, ou la vente moyennant versement d'une rente viagère. Il n'est donc pas de raisons sérieuses de l'invoquer à l'appui de la prohibition.

Nous pouvons, d'autre part, en approfondissant l'analyse du pacte sur succession future, nous demander s'il est exact que le *votum mortis* existe dans toute hypothèse de convention sur la succession d'autrui. Cette variété de pacte ne se présente pas nécessairement sous la forme de la cession d'un droit héréditaire; si nous supposons que des co-héritiers conviennent entre eux du vivant du de cujus, de tenir pour non avenu le testament qui avantagerait l'un d'eux, il nous est difficile de déceler la présence du *votum mortis*, et pourtant la convention doit recevoir la qualification de pacte sur succession future, car elle s'analyse en une renonciation mutuelle à se prévaloir d'un droit éventuel, d'un droit qui ne naîtra que par

le fait de l'ouverture de la succession. Mais cette convention n'est pas génératrice du *votum mortis*; l'intérêt des co-contractants ne saurait se confondre avec le décès prématuré du de cujus.

Si faible soit donc la valeur du fondement moral de la prohibition, elle perdrait toute raison d'être si la législation de 1804 avait accepté de conserver l'exception de la nouvelle 531 qui, nous l'avons vu précédemment, était en vigueur dans notre ancien droit. Le consentement du de cujus à l'acte conclu sur sa succession à venir ferait disparaître son caractère malséant, d'autant plus que le de cujus ne se trouverait jamais irrévocablement engagé, puisque jusqu'à l'instant de son décès il demeurerait libre de retirer son consentement; or le *votum mortis* est en relations étroites avec le caractère irrévocable de l'acte, que cette irrévocabilité vienne à cesser, l'aspect dangereux de la convention s'évanouit du même coup. Le fondement moral de la prohibition ne mérite donc pas d'être retenu sérieusement du fait qu'il existe pour le législateur un moyen aisé par la mise en vigueur de l'exception de la nouvelle 531, de pallier les conséquences néfastes de la convention, et d'interdire toute velléité de *votum mortis*, sans pour cela diminuer l'intérêt que présente le pacte à l'égard de l'héritier.

Mais il nous semble que le seul fait de l'existence du *votum mortis* dans des opérations juridiques déclarées licites, est de nature à ôter toute chance à la conception du fondement moral de justifier sérieusement la prohibition des pactes sur succession future.

§ 2. — LE FONDEMENT ECONOMIQUE

Nous faisons allusion à la notion de lésion dans la précédente section de ce chapitre; nous exposons qu'en effet l'incertitude de l'émolument susceptible d'être recueilli par l'héritier était une source de spéculations pour les usuriers peu scrupuleux, qui imposaient au fils de famille pressé d'argent et inexpérimenté des conditions léonines et nous avons vu que cette idée de lésion pouvait, aux yeux de quelques auteurs, justifier la prohibition des renonciations anticipées.

Il est exact que ce pacte sur succession future, qu'il s'agisse d'un pacte sur la succession d'autrui ou d'un pacte de renonciation, présente un caractère essentiellement aléatoire; à l'instant de la conclusion de l'acte, les parties sont dans l'impossibilité d'évaluer même approximativement la valeur réelle des droits dont le cédant se dépouille. Mais l'aléa n'est pas nécessairement une source de lésion; ce sont là deux notions qu'on ne saurait confondre et qui, au contraire, tendent à s'écarter l'une de l'autre : le contrat aléatoire, quelle que soit l'importance de la lésion qui ait pu en résulter, n'est pas susceptible d'une action en rescision.

D'autre part, l'incertitude de la valeur des prestations n'est pas de nature à influencer sur la validité du contrat; il nous suffira à ce sujet de rappeler les exemples cités au paragraphe précédent, l'assurance sur la vie, la vente moyennant le versement d'une rente viagère.

En nous plaçant à un autre point de vue nous ferons observer

que, dans le domaine du droit des successions, la loi autorise parfois des conventions dont le caractère dominant est l'aléa et qui peuvent de ce fait entraîner pour le cédant une lésion appréciable. Il suffit de songer à l'hypothèse d'un héritier qui, postérieurement au décès du de cujus, et pour s'épargner les soucis qui pourraient résulter pour lui de la liquidation d'une succession compliquée, cède en bloc ses droits successifs à un tiers. Par définition, l'héritier ignore la valeur exacte de l'émolument qu'il vient de recueillir, c'est justement parce que cet émolument lui paraissait difficile à préciser et qu'il était peut-être pressé d'argent, qu'il s'est décidé à consentir cette cession. Or, ne peut-on pas vraisemblablement estimer que la situation de cet héritier est identique à celle du fils de famille endetté qui dispose prématurément de ses droits dans la succession de son auteur. Dans l'un et l'autre cas, l'émolument est incertain; le risque de lésion considérable; seules diffèrent les conditions de temps de la cession, mais il ne semble pas que cette différence soit susceptible de porter sur le fond même de la convention.

Enfin ajoutons un dernier argument qui achèvera de miner la conception du fondement économique de la prohibition : il est admis unanimement que le pacte prohibé est frappé de nullité absolue, dont tout intéressé peut se prévaloir, en tant que la convention déroge à des règles d'ordre public. La sanction de la lésion, dans les cas exceptionnels où elle vicie les conventions, est au contraire une simple nullité relative, car elle a pour base la protection d'un intérêt particulier. Le pacte sur succession future serait en conséquence susceptible de confirmation et l'action en nullité prescrite après l'écoulement du délai de 10 ans (ou même de deux années si l'on adoptait le délai prévu par l'art. 1676). On conçoit aisément qu'un tel raisonnement aboutirait à renverser les principes les plus élémentaires qui sont à la base de la théorie des successions futures et à faire admettre l'exercice de l'action en rescision là où, contrairement au droit commun, un texte spécial ne l'autorise pas.

§ 3. — LE FONDEMENT JURIDIQUE

La doctrine classique objectait que l'admission des pactes successoraux constituerait une atteinte à la liberté de tester et à la réserve, institution d'ordre public.

La première objection, de grande valeur à ROME où le testament était un véritable mode de transmission successorale et la liberté de tester un attribut sacré du citoyen, n'en a plus guère à l'époque moderne où le testament n'est qu'une libéralité. Le législateur de 1804 a quelque peu minimisé l'importance sociale du testament en considérant que la dévolution héréditaire idéale, celle qui correspondait le plus étroitement aux aspirations nouvelles de la nation, demeurait la succession *ab intestat*. Le testament a été volontairement confondu avec la notion de libéralité et le Code Civil s'est refusé à penser que, par des dispositions de dernière volonté, le de cujus ait entendu créer la dévolution de son hérédité et non pas simplement faire un acte de générosité: en d'autres termes, le législateur a considéré l'existence du testament, en marge, pour ainsi dire, de la succession *ab intestat*; le testament, dans cette concep-

tion, n'est qu'un incident de la dévolution légale et le legs universel une exception qu'il est préférable de ne pas généraliser.

La liberté de tester se trouve donc à peu près totalement vidée de son contenu; elle se comprenait à ROME où le testament était le mode essentiel de transmission à cause de mort, mais au XIX^e siècle, elle ne pouvait sérieusement retenir l'attention du législateur: d'ailleurs, tout pacte sur succession future ne constitue pas nécessairement une entrave à la liberté de tester, il faut, pour cela, que l'institution d'héritier soit universelle, il apparaîtrait donc raisonnable d'admettre le pactes d'institution d'héritier à titre universel ou à titre particulier si l'on voulait à tout prix sauvegarder la liberté de tester du disposant.

Quant à la seconde objection présentée par la doctrine classique en ce qui concerne le fondement juridique de la prohibition, l'atteinte à la réserve des successibles en ligne directe, sa valeur est tout aussi faible, d'autant plus que le Code Civil, dans sa rédaction de 1804, prévoyait une hypothèse où le pacte successoral était licite à condition que le réservataire fût au moins pour partie rempli de ses droits. Nous faisons allusion à l'ancien article 761 du Code Civil, abrogé par la loi du 25 mars 1896; cet article stipulait que le père pouvait valablement exhéréder son enfant naturel, le priver de tout droit dans sa succession, pourvu qu'il reçût par acte entre vifs la moitié de la portion héréditaire à laquelle il avait droit en vertu de la loi, et que le de cujus ait déclaré expressément dans l'acte qu'il entendait réduire son enfant naturel à cette part; la disposition de l'article 761 avait une importance considérable si l'on pense que la jurisprudence antérieure à la loi du 25 mars 1896, malgré le silence du Code Civil, accordait à l'enfant naturel la qualité d'héritier réservataire: elle combinait d'une manière heureuse la licéité du pacte successoral et la sauvegarde de l'institution de la réserve.

Il n'existe donc pas une antinomie entre l'admission au moins partielle, des pactes successoraux et l'institution de la réserve: une réforme législative, pour être socialement utile, devrait d'ailleurs ménager les droits des héritiers réservataires et n'admettre le pacte successoral qu'en tant qu'il ne porterait que sur la quotité disponible, ou bien si l'on entendait dans l'avenir utiliser le pacte d'institution d'héritier dans un souci de conservation de la propriété rurale, pour éviter le morcellement des héritages, il séait nécessairement de substituer le principe de la réserve en valeur à celui de la réserve en nature. Le bénéficiaire du pacte successoral qui recevrait dans son lot la totalité du patrimoine familial serait tenu de désintéresser ses co-héritiers par le versement de soultes en argent: c'est peut-être une conception un peu hardie, mais qui ne semble pas devoir effrayer le législateur moderne: nous retrouverons d'ailleurs cet ensemble de considérations dans la conclusion générale de notre travail: pour l'instant, il nous suffit de retenir l'insuffisance et le caractère suranné du fondement juridique de la prohibition.

§ 4. — LE FONDEMENT POLITIQUE

C'est à notre avis le plus sérieux, le seul qui à l'époque contemporaine détermine le législateur à maintenir, malgré les protesta-

tions de la doctrine, la rigueur de la prohibition des pactes successoraux.

Il est incontestable — et nous l'avons montré quand nous avons retracé l'histoire de la prohibition — que les pactes successoraux étaient, sous l'Ancien Régime, une arme entre les mains de la noblesse pour maintenir les inégalités, renforcer le droit d'aînesse et le privilège de masculinité et assurer dans l'avenir l'éclat et la splendeur du nom. Nous avons même insisté sur ce fait que la renaissance du Droit Romain et la résurrection par les glossateurs des motifs proposés traditionnellement à l'appui de la prohibition s'étaient vainement heurtées à l'argumentation des feudistes et plus généralement aux nécessités de la société féodale. Les rédacteurs du Code Civil étaient donc en 1804 légitimement en droit de craindre un retour offensif des préjugés nobiliaires et des inégalités et une atteinte aux assises de la société nouvelle qu'avait créée, dix ans plus tôt, la Révolution. La déclaration du tribun CHABOT devant le Corps Législatif, que nous avons citée dans la première section de ce chapitre, plaide en faveur de cette conception.

Mais depuis la rédaction du Code Civil, près d'un siècle et demi s'est écoulé; l'état social s'est modifié, M. CAPITANT (1) reconnaissait lui-même que l'égalité était au xx^{e} siècle profondément entrée dans les mœurs et que le préjugé nobiliaire n'était plus désormais qu'une chimère; il est exact que l'admission au moins partielle des pactes successoraux ne modifierait pas forcément les règles légales de la dévolution héréditaire, et que les successibles en ligne directe sont par ailleurs suffisamment protégés par les règles bienfaisantes de la réserve. Mais il n'en demeure pas moins malaisé de discerner le but réel dans lequel certaines familles chercheraient à utiliser le pacte successoral. Si ce but était la transmission au conjoint survivant, moyennant le versement d'une indemnité aux héritiers, d'un fonds de commerce ou d'une exploitation industrielle propre au pré-décédé, afin d'éviter le partage ou la licitation, nous ne pourrions qu'approuver l'éventualité d'une réforme, mais que penser de l'emploi du pacte successoral dans la transmission de la propriété foncière ?

En ce domaine, et contrairement à l'opinion dominante des auteurs, il nous semble possible d'affirmer sans risque d'erreur, que le fondement politique de la prohibition conserve encore une grande force. Le développement de cette pensée nous contraindrait à nous évader de notre sujet et à nous livrer à une étude approfondie de la mentalité paysanne; dans de nombreuses provinces, et particulièrement dans le Sud-Ouest, le morcellement éventuel des héritages constitue une véritable hantise, et entraîne les petits propriétaires à restreindre volontairement leur descendance, tant ils craignent que la pluralité de successibles n'ait pour conséquence, dans l'état actuel de notre législation successorale, la licitation du fonds à des étrangers et l'exode de leur famille vers les villes (2). Quelle réac-

(1) Revue critique de Législation et de Jurisprudence — 1933.

(2) Nous faisons abstraction du décret-loi du 17 juin 1938, modifié par la loi du 20 juillet 1940, qui dans l'art. 832 nouveau, autorise l'héritier exploitant à conserver par devers lui la totalité du fonds, moyennant le versement de soul-

tion provoquerait dans un semblable état d'esprit, l'admission des pactes successoraux ? N'aurait-elle pas pour effet d'entraîner l'exclusion systématique des successibles au profit d'un seul d'entre eux, en général l'ainé demeuré à la terre ? La conservation des héritages agricoles ne doit tout de même pas aboutir au sacrifice d'intérêts légitimes.

Dans certaines provinces, particulièrement dans le Béarn, la pratique cherche d'ailleurs par des moyens ingénieux à éluder le principe de l'égalité des partages ; sans insister sur la coutume qui consiste dans l'attribution automatique à l'ainé de la quotité disponible et qui peut parfois contribuer à détourner la loi de son but réel, il est des régions où, par des conventions secrètes entre successibles et dont le respect constitue un véritable point d'honneur, les familles parviennent à noyer pour ainsi dire la dévolution se trouve réglée nonobstant les prohibitions du Code Civil. Il serait peut-être exagéré d'affirmer que l'existence de ces coutumes dénote un regain de l'esprit nobiliaire et aristocratique, mais elle prouve que la tradition conservatrice n'a pas encore partout disparu et permet de redouter les conséquences, d'un affaiblissement légal de la prohibition des pactes successoraux.

Puisqu'il nous faut, en définitive, découvrir un fondement à cette prohibition séculaire, nous serions assez enclins à penser que la crainte d'un retour offensif de pratiques condamnées par la Révolution française est actuellement la véritable raison de la résistance du législateur aux efforts de la doctrine. Il est vrai que l'attention de celui-ci n'a jamais été sérieusement attirée (1) et nous le regrettons, sur un problème que d'aucuns estiment suranné. C'est justement la contradiction entre la rigueur de la prohibition et l'état des mœurs à l'époque moderne qui justifierait l'assouplissement des articles 791, 1130 et 1389 du Code Civil, car si les coutumes provinciales que nous venons de signaler sont une raison légitime d'affecter cet assouplissement de modalités et de restrictions, elles ne peuvent constituer un frein à la réforme législative réclamée par la doctrine.

La disparition de la force des motifs invoqués à l'appui de la prohibition a d'ailleurs déterminé un changement d'attitude de la jurisprudence dans l'interprétation des conventions suspectes. Tandis qu'à l'origine, les juges cherchaient à déceler la présence du pacte sur succession future en fonction de l'intention des parties, à mesure qu'apparaissait le caractère suranné du fondement de la prohibition, il s'est produit un phénomène que M. GAUDEMET qualifiait jadis de « novation » (2). La jurisprudence, progressivement, ne s'est plus attachée qu'à la détermination des éléments constitutifs du pacte sur succession future ; elle ne s'est plus efforcée de

tes à ses co-héritiers. Cette disposition, dont les conditions d'application sont extrêmement limitées, ne paraît pas encore d'un grand usage à la campagne, tout au moins dans la région du Sud-Ouest, que nous connaissons le mieux.

(1) Note — Exception faite du problème de la clause commerciale — Voir infra : II^e Partie — Titre I — chapitre I — § 3.

(2) Revue Trimestrielle de Droit Civil — 1902 p. 739 et suivantes.

pénétrer l'esprit des contractants pour analyser le but poursuivi. En résumé, elle a peu à peu substitué l'interprétation objective à l'interprétation subjective; par un curieux choc en retour la disparition du fondement de la prohibition a contribué à son renforcement et le pacte sur succession future a vu sa définition démesurément élargie.

On conçoit dès lors que rapidement la jurisprudence ait éprouvé des scrupules à frapper de nullité des conventions qu'il était possible d'inclure dans la définition du pacte prohibé, mais dont la coïncidence avec l'intérêt social faisait regretter le triomphe de l'interprétation objective.

(1) Cassation Civile — 11 janvier 1933 — D. P. 1933 — 1 — 10 Note CAPITANT.

DEUXIÈME PARTIE

Les applications modernes de la prohibition des pactes sur succession future

Pour la commodité et l'harmonie de l'exposé qui va suivre, et pour éviter de grouper la majeure partie de nos développements autour de l'élément éventuel qui, à lui seul, justifie les discussions suscitées par le problème des pactes sur succession future, nous reprendrons la division tripartite en pactes d'institution d'héritier, pactes sur la succession d'autrui et pactes de renonciation, chacune des catégories énoncées comprenant un titre de longueur sensiblement égale.

TITRE I

PACTES SUR SA PROPRE SUCCESSION

CHAPITRE PREMIER

LA CLAUSE COMMERCIALE

La clause commerciale ou clause de conservation du fonds de commerce fut, voici une dizaine d'années, le point névralgique de la prohibition des pactes sur succession future. Par les innombrables discussions qu'elle souleva, par l'entrée en lice de juristes de premier rang, tels que M. CAPITANT ou le doyen GENY, son étude entraîna d'immenses progrès dans la définition du droit éventuel et du titre successif. Actuellement les problèmes qu'elle pose ont quelque peu perdu de leur intérêt du fait qu'ils ont été résolus par un arrêt de principe de la Chambre Civile du 11 janvier 1933 dont les enseignements ont été par la suite docilement observée par les Cours d'Appel.

Conformément au plan que nous nous sommes tracé, nous réduirons au strict minimum nos explications relatives à la clause commerciale. Pour de plus amples détails nous renvoyons le lecteur à la thèse de M. ZIMMERMANN qui constitue actuellement le meilleur et le plus récent ouvrage sur la question. En trois paragraphes, nous étudierons successivement la position du problème, la nature juridique de la clause commerciale et les remèdes apportés en pratique à la nullité.

§ 1. — LA POSITION DU PROBLEME

La clause commerciale — dont la terminologie n'est pas d'une exactitude rigoureuse puisqu'elle peut porter aussi bien sur une exploitation agricole ou industrielle que sur un fonds de commerce

— est une invention de la pratique notariale. Elle s'est répandue particulièrement dans la région parisienne, à la fin du xix^e siècle et dans les premières années du xx^e.

Son but était de permettre au conjoint survivant de conserver — même en présence d'héritiers réservataires — le fonds de commerce ou l'exploitation agricole commun ou propre à l'époux prédécédé, afin d'en interdire la licitation ou le partage. Elle témoigne, en résumé, de ce souci d'éviter le morcellement des héritages, sur lequel nous avons insisté dans le chapitre précédent. De plus, la clause commerciale répondait fréquemment au désir des époux de favoriser le survivant qui aurait participé à la création, ou tout au moins à l'entretien et au développement du fonds.

En pratique, elle se présente sous la forme d'une stipulation insérée dans le contrat de mariage des époux, prévoyant que le survivant aura droit de conserver par devers lui le fonds propre ou commun d'après le dernier inventaire, ou une estimation faite par experts, et que la valeur du fonds ainsi recueillie sera imputée sur la part du conjoint survivant dans la succession ou la communauté, soit en propriété, soit en usufruit.

Elle est en général rédigée de la manière suivante : lors de la dissolution du mariage, mais dans le cas seulement où cette dissolution surviendrait par le décès de l'un des époux, si l'un des futurs époux ou les deux possèdent des droits dans un fonds de commerce, le survivant des époux aura le droit de conserver pour son compte personnel le fonds de commerce ou les droits dont s'agit, ensemble l'achalandage, les marchandises, objets mobiliers, ustensiles et autres accessoires en dépendant, à la charge de prendre le tout d'après les estimations de deux experts. Le survivant imputera la valeur des droits en question sur les sommes lui revenant en propriété, tant dans la communauté que dans la succession du prédécédé, et pour se libérer envers les héritiers des sommes qu'il pourrait encore leur devoir, il aura le délai ci-après fixé...

Mais le simple énoncé de la clause qui constitue une convention à titre onéreux et non une libéralité nous oblige à distinguer suivant que le fonds est commun ou qu'il est propre à l'époux prédécédé.

1. — FONDS DEPENDANT DE LA COMMUNAUTE

La licéité de la clause n'est pas alors discutable. Par référence à l'article 1515 du Code Civil, elle s'analyse en une clause de préciput à titre onéreux, permise en vertu du grand principe de la liberté des conventions matrimoniales.

Cependant, une difficulté vient parfois à se poser quand la femme bénéficiaire de la clause renonce à la communauté, soit à raison de son insolvabilité, soit pour favoriser les héritiers du mari. Peut-elle tout de même, au cas où le fonds n'a pas été saisi par les créanciers de la communauté exercer son option à l'encontre des héritiers du prémourant ? Le problème est délicat et les auteurs, en général, sont d'opinions divergentes.

Aux termes de l'article 1492 du Code Civil « la femme renonçante perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté et même sur le mobilier qui y est entré de son chef ». Donc du fait de la

renonciation de la femme, le fonds revient au mari et doit être considéré comme étant un propre. Par suite, pour que la clause puisse jouer en cette hypothèse, il faudrait qu'il eût été stipulé qu'elle porterait sur un fonds propre au prédécédé. Sinon elle est dénuée de tout effet.

Concluons qu'au cas de renonciations à la communauté, la clause se trouve porter en réalité sur un propre. Il faut donc résoudre le second problème qui nous est posé : la clause portant sur un fonds propre au prédécédé est-elle valable ? Il est vrai qu'il est possible en pratique de remédier à cet inconvénient en stipulant expressément dans le contrat de mariage, conformément aux dispositions de l'article 1515 du Code Civil qu'elle jouerait en cas de renonciation de la femme (1).

2. — FONDS PROPRE AU PREDECEDE

La clause, envisagée sous cette forme, fut longtemps qualifiée d'avantage matrimonial et validée à ce titre. Ce n'est qu'à partir de 1921 que la jurisprudence commença de l'englober dans les pactes prohibés à l'occasion d'une affaire que nous résumerons brièvement.

Le sieur MONTLOIN s'était marié en secondes noces sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. De son premier mariage, il avait eu trois enfants. Le contrat de mariage stipulait que le survivant des époux aurait la faculté de conserver pour son compte personnel le fonds de commerce que les époux pourraient au jour de la dissolution exploiter ensemble ou séparément, que le fonds envisagé dépendît de la communauté ou de la succession du prémourant et à charge pour le bénéficiaire d'indemniser les héritiers de leur part dans la valeur du fonds.

Effectivement, quand M. MONTLOIN mourut, le ménage exploitait un fonds de commerce commun, mais au cours des opérations de partage, le fonds fut attribué à l'époux prémourant; la veuve ayant entendu faire jouer la clause que le fonds fut devenu un propre, les enfants du premier lit refusèrent d'accepter l'indemnité qui leur était offerte et poursuivirent en nullité la clause de conservation, sous la qualification de pacte sur succession future. La Cour de ROUEN, dans un arrêt du 15 décembre 1922 (2) adopta cette conception; la décision de ROUEN constituait ainsi la première attaque sérieuse dirigée par la pratique contre la validité de la clause commerciale.

A la même époque, à l'occasion de l'affaire DUFAYET, le tribunal civil de la Seine valida la clause par un jugement du 4 juillet 1924 (3) en se fondant sur son prétendu caractère gratuit et sur le grand principe de la liberté des conventions matrimoniales.

(1) Nast — Défresnois Rép. Périodique 1929 p. 106.

(2) D. P. 1923 — 2 — 1.

(3) S. 1928 — 2 — 33.

Mais c'est seulement avec l'affaire CREMIEUX, quelques années plus tard, que la controverse devait atteindre son point crucial. M. CREMIEUX, titulaire de droits sociaux dans une société de personnes s'était marié sous le régime de la séparation de biens. L'acte de société contenait une clause aux termes de laquelle la veuve survivante était en droit de conserver les droits sociaux à charge d'indemniser les héritiers de son conjoint prédécédé, qui se verraient ainsi priver d'une fraction importante du patrimoine de leur auteur, et le contrat de mariage prévoyait en faveur de la veuve la même possibilité. M. CREMIEUX ayant institué sa fille unique légataire universelle, en retirant expressément à son épouse ses droits sur les parts sociales, la question de la validité de la clause commerciale allait de nouveau se poser.

Le tribunal de la Seine jugea (1) le 24 décembre 1928 que la stipulation litigieuse était un pacte sur succession future, mais ce jugement fut infirmé le 21 février 1930 par la Cour d'Appel de PARIS qui considéra la clause du contrat de mariage comme une acceptation de la stipulation pour autrui contenue dans l'acte de société. La Cour estima d'autre part que la clause litigieuse n'avait pas pour effet de porter atteinte à l'ordre légal des successions et ne revêtait pas par suite les caractères d'un pacte sur succession future. (2).

La décision de la Cour de PARIS, vivement discutée, combattue par M. CAPITANT, mais défendue par le doyen GENY, fut suivie d'un pourvoi en cassation et cassée par l'arrêt de principe de la Chambre civile du 11 janvier 1933 (3) arrêt d'une importance capitale en la matière des pactes sur succession future et qui entreprit de définir en des formules lapidaires le critère du pacte prohibé.

Aux termes de cet arrêt de la Chambre Civile « toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession à venir » constitue un pacte sur succession future » entaché de nullité absolue. La clause insérée dans le contrat de mariage des époux CREMIEUX est nulle, car elle a pour but d'attribuer à la veuve les droits sociaux du de cujus contre le versement de leur valeur aux héritiers de celui-ci.

La Cour de renvoi, en l'occurrence la Cour d'AMIENS, s'inclina devant la volonté de la Cour de Cassation par un arrêt du 14 mars 1934 (4). La controverse se trouvait de ce jour éteinte (5).

(1) D. P. 1929 — 2 — 105 — Note CAPITANT.

(2) D. P. 1931 — 2 — 1 Note CAPITANT — S. 1929 — 2 — 97 — Note GENY.

(3) S. 1933 — 1 — 161 — Note GENY.

(4) D. P. 1934 — 2 — 11 — Note CAPITANT.

(5) Depuis 1933 la jurisprudence a continuellement maintenu la prohibition de la clause de conservation d'un fonds de commerce propre au prédécédé; par contre elle valide cette clause quand elle porte sur un fond devenu commun à la suite de son estimation dans le contrat de mariage par application de l'ancien adage « aestimatio facit venditionem » — voir Cour d'appel de CAEN 12 novembre 1940. D. analytique 1941 p. 30.

§ 2. — NATURE JURIDIQUE DE LA CLAUSE COMMERCIALE

En schématisant quelque peu la question qui nous est posée, on peut formuler le problème de la validité de la clause commerciale de la manière suivante : une personne, propriétaire d'un bien quelconque peut-elle valablement convenir avec une autre personne que celle-ci aura au décès de la première la faculté d'acheter à ses héritiers le bien dont s'agit, moyennant un prix dont les éléments sont suffisamment déterminés par le même contrat ?

Nous serions tenté de répondre par la négative si nous nous reportions à l'étude que nous avons faite précédemment des éléments constitutifs du pacte sur succession future; la faculté d'acheter un bien aux héritiers du promettant n'implique-t-elle pas l'idée que le droit n'est qu'éventuel, qu'il ne prend naissance qu'après le décès du promettant, que celui-ci demeure étranger aux effets de l'acte conclu par lui, enfin que la seule succession est engagée et non pas le promettant lui-même, tous caractères rélateurs de l'existence d'un pacte prohibé ? Quant aux éléments conventionnel et successoral, il n'est pas utile de préciser leur réunion : l'acte est conventionnel par essence puisqu'il est contenu dans le contrat de mariage, et le bien visé, le fonds de commerce propre à l'époux prédécédé n'est envisagé qu'en tant qu'il figurera dans une succession à venir.

Cependant le problème demeure plus délicat que ne laisse apparaître un examen aussi superficiel; les controverses doctrinales, les hésitations de la jurisprudence en sont la meilleure preuve; il est donc nécessaire que nous nous efforcions, au moins sommairement, de préciser la nature juridique de la clause commerciale. Est-elle un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux ? Et en admettant que nous ayons résolu cette première difficulté, peut-elle être qualifiée de pacte sur succession future ?

I. — *La clause commerciale peut-elle s'analyser en une disposition à titre gratuit ?*

La pratique nous permet de constater que la clause commerciale est parfois inspirée, en partie tout au moins, par *l'animus donandi* du promettant. C'est ainsi que le contrat de mariage des époux DUFAYET prévoyait que le bénéficiaire de la clause ne devrait aucune indemnité aux héritiers en contrepartie de l'acquisition de la clientèle du fonds; l'acte se présentait donc sous un aspect mixte, une fraction à titre onéreux, une autre à titre gratuit; dans la mesure où l'indemnité n'absorbait pas entièrement l'émolument, il constituait une libéralité.

De plus, si nous observons que la clause commerciale est toujours insérée dans le contrat de mariage des parties, elle peut valablement s'analyser en une institution contractuelle entre époux, permise par l'art. 1093 du Code Civil; elle se trouverait ainsi consacrée par la loi elle-même.

Mais il subsiste une grande objection à la conception que nous venons d'exposer; si nous admettons que la clause commerciale est

une libéralité, elle doit obéir aux règles de la réserve, et en présence de successibles en ligne directe ne peut excéder le montant de la quotité disponible, ce qui contribue à la vider de son intérêt pratique, dans l'hypothèse où le fonds de commerce constitue le plus clair de la fortune du de cujus; enfin, l'exigence du caractère gratuit de la clause peut déjouer les calculs du promettant qui, tout en acceptant de favoriser son conjoint, hésitera peut-être à léser ses héritiers par la libéralité faite à son conjoint. Les époux ont pu, en effet, vraisemblablement considérer le jeu de la clause commerciale comme le simple résultat d'une convention intervenue entre associés.

Quelques auteurs ont essayé de généraliser la conception suivant laquelle la clause commerciale est une libéralité même au cas où l'indemnité versée par le survivant et prévue au contrat de mariage équivaut exactement à la valeur réelle du fonds de commerce; raisonnement extrêmement hardi, car il semble méconnaître que tout acte à titre gratuit est inspiré par *l'animus donandi* et qu'il doit en résulter un enrichissement pour le bénéficiaire.

Cet enrichissement du bénéficiaire paraît difficile à déceler : aucune richesse ne vient s'ajouter à son patrimoine, il doit verser aux héritiers de son époux prédécédé une indemnité représentative de la valeur du fonds de commerce, envisagé dans tous ses éléments. Sans doute l'opération est faite en sa faveur, mais il ne peut qu'escompter un profit; l'enrichissement du bénéficiaire n'est donc qu'éventuel et ne peut s'apprécier d'une manière mathématique, conforme aux conditions de la libéralité.

L'existence d'une contre-prestation à la charge du survivant des époux fait donc, pour reprendre l'expression de M. CHAMPEAUX (1) « présumer l'intention mercantile des parties, et conclure à l'équivalence des prestations ».

Serions-nous enclin à estimer que la libéralité peut consister dans le fait qu'une option est ouverte au bénéficiaire ? Mais l'enrichissement demeure alors problématique, aléatoire et d'autre part ce raisonnement ne risquerait-il pas à nous faire décider que la simple promesse de vente constitue une libéralité, contrairement aux principes les plus élémentaires de la distinction des actes à titre gratuit et des actes à titres onéreux ?

Si donc, en définitive, la clause commerciale peut être valablement analysée en une libéralité avec charge quand l'indemnité prévue au contrat de mariage ne correspond pas rigoureusement à la valeur de la totalité des éléments du fonds, il ne semble pas qu'il faille étendre cette conception à l'hypothèse où l'acte exclut manifestement toute intention libérale du disposant. Il nous faut donc rechercher en un autre domaine la clef du problème que nous avons mission de résoudre.

II. — *La clause commerciale, promesse de vente post-mortem.*

L'opinion dominante de la doctrine analyse la clause commerciale en une promesse de vente *post mortem*; par une stipulation

(1) Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit français. Thèse Strasbourg 1931.

insérée dans son contrat de mariage, l'époux qui viendra à mourir le premier s'engage à permettre, au profit de son conjoint survivant, la réalisation de la vente du fonds dont il serait à l'époque propriétaire. Nous retrouvons effectivement dans la clause commerciale les conditions nécessaires et suffisantes de la promesse de vente : un contrat, source de l'engagement irrévocable du promettant, une option ouverte au bénéficiaire, un prix qu'il devra payer en contrepartie.

Mais à la réflexion, il surgit quelques objections à cette analyse : l'art. 1595 interdit, sauf cas exceptionnels, la vente entre époux; la loi en effet redoute que de la conclusion de vente entre époux il ne résulte une atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales où l'existence d'un avantage excessif au profit de l'un, en un mot une fraude à l'égard des héritiers la jurisprudence étend la prohibition de l'art. 1595 à la simple promesse de vente et par suite la clause commerciale ne se trouve-t-elle pas visée par les dispositions de cet article ?

En réalité cette objection n'est pas sérieuse, car si l'on approfondit l'analyse de la clause commerciale, on constate que ce n'est qu'apparemment qu'elle intervient entre époux; l'article 1595, comme toute exception à un principe de droit commun, en l'occurrence le principe de la liberté des conventions, doit être interprété restrictivement : *Exceptio est strictissimae interpretationis* écrivaient les glossateurs. La prohibition de la vente entre époux ne put s'appliquer que si les parties contractantes ont réellement la qualité d'époux, au sens légal du mot, à l'instant même de la vente ou de la promesse de vente. Or dans notre hypothèse quand la promesse intervient, les parties n'ont pas encore acquis la qualité d'époux, puisque le contrat de mariage doit obligatoirement être rédigé avant la comparution devant l'officier de l'état-civil. Donc la clause commerciale est conclue entre *futurs époux* et non entre époux, par suite les conditions de l'article 1595 ne se trouvent pas, à ce premier point de vue réalisées.

De plus, l'option ouverte au bénéficiaire ne pouvant être levée qu'après le décès du promettant, la vente ne sera consolidée que postérieurement à la disparition chez les parties contractantes de leur qualité d'époux. Le mariage est alors dissous et il ne saurait être question d'une vente entre époux, d'autant plus que la levée d'option ne comporte aucune rétroactivité.

Quant à l'objet de la convention, il est suffisamment déterminé pour que la clause soit valable; sans doute, il se peut que le promettant stipule sur un bien futur, sur un fonds de commerce qu'il n'acquerra que plus tard, mais aux termes de l'art. 1130, al. 1, les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation, d'ailleurs le fonds de commerce envisagé est aisément déterminable, c'est donc l'esprit des parties contractantes le fonds de commerce que le promettant possédera au jour de son décès.

L'analyse de la clause commerciale en une promesse de vente *post mortem promittentis* ne se heurte donc à aucune objection sérieuse. Le décès du promettant constitue le point de départ du délai pendant lequel le bénéficiaire peut lever l'option mais ce premier problème étant résolu, il nous faut répondre à une question non moins délicate : le promettant a-t-il voulu s'engager person-

nellement, ou simplement grever sa succession d'une obligation aux effets de laquelle il entend demeurer étranger ? En d'autres termes, la clause commerciale est-elle ou n'est-elle pas un pacte sur succession future ?

III. — *La clause commerciale est-elle un pacte sur succession future ?*

Toute la difficulté de notre matière consiste à démontrer que dès la passation du contrat un droit de créance existe au profit du bénéficiaire, dont seule l'exigibilité est retardée au décès du promettant.

Les auteurs n'ont pas manqué d'ingéniosité pour venir au secours d'une clause que la pratique notariale désirait sauver à tout prix. C'est ainsi que M. Henry SOLUS, dans un article intitulé : « l'arrêt du 11 janvier 1933 » (1) a fait appel à la notion de condition suspensive. Cet auteur analyse la clause commerciale en une promesse de vente dont la réalisation est soumise à une double condition : condition de survie du bénéficiaire et condition que le fonds figure encore dans le patrimoine du promettant au jour de son décès. Par l'effet de la réalisation de la condition de survie, le droit du bénéficiaire rétroagirait au jour du contrat de mariage par suite, un droit de créance serait né au profit du survivant dès la conclusion du contrat de mariage.

Cette analyse présente le grave défaut de se baser sur la notion si critiquable de rétroactivité de la condition dont les juristes ont peut-être un peu abusé ; l'idée de rétroactivité de la condition est discutée, à juste raison, par une fraction importante de la doctrine (2). Le développement des droits conditionnels dans la pratique juridique n'est pas désirable, tant au point de vue social qu'au point de vue économique. Le droit conditionnel du fait de son caractère aléatoire, est une source de spéculations et de marchés souvent lésionnaires. La notion de condition suspensive adaptée à la clause commerciale devrait en effet entraîner la jurisprudence à valider la cession faite par bénéficiaire, du vivant du promettant, de son droit conditionnel, ce qui pourrait susciter entre les parties des difficultés d'ordre familial en amenant peut-être le promettant à regret, ter un acte dont il ne peut plus se départir. Enfin, et sans l'approfondir davantage, cette analyse semble une explication forgée après coup. Elle tend de plus à confondre la vente sous condition suspensive et la simple promesse de vente.

En réalité, l'obligation du promettant, source du droit du bénéficiaire, est extrêmement délicate, en admettant qu'elle existe, à préciser. Il faut reconnaître, conformément à l'opinion de M. CAPITANT (3) que la vente n'est définitivement consolidée qu'au jour de la levée d'option, et abandonner toute idée de rétroactivité.

Rappelons les effets de la clause commerciale : les partisans de la nullité soutiennent qu'elle n'est créatrice d'aucune obligation à

(1) Défresnois — Rép. périodique — 1933 n° 23. 434.

(2) COLIN et CAPITANT — Tome II — 8^e édition — n° 400 p. 376.

(3) Revue Critique — 1927 p. 65.

la charge du promettant et que celui-ci a voulu engager ses seuls héritiers; il s'appuie sur le droit du promettant d'aliéner, à titre onéreux ou à titre gratuit, le fonds sur lequel porte la promesse de vente; mais est-il bien exact que ce soit le fonds possédé de son vivant par le promettant qui fasse l'objet de la clause commerciale, nous en doutons; seul se trouve visé le fonds de commerce possédé par le promettant au jour de son décès (1).

Mais ceci admis, et l'idée d'une condition potestative susceptible de provoquer la nullité de la clause étant écartée, il nous faut examiner si une obligation quelconque, positive ou négative n'incombe pas au promettant. L'objet de la promesse, avons-nous vu, est le fonds que le promettant possédera au jour de son décès, donc la clause commerciale entraîne l'interdiction d'une disposition à cause de mort portant sur le fonds et de toute nouvelle promesse de vente réalisable seulement après décès. Il s'agit d'une obligation de ne pas faire, d'une obligation négative, mais le promettant n'en est pas moins valablement et irrévocablement tenu.

Mais cette obligation du promettant est-elle la source d'un droit actuel au profit du survivant éventuel ? Celui-ci est incontestablement titulaire d'un droit, mais ce droit n'est-il qu'éventuel ou bien est-il à terme ?

Il faut répondre que la non exigibilité du droit du bénéficiaire n'a pas pour conséquence la non existence de ce droit le créancier à terme n'est pas en droit d'exiger de son débiteur une prestation quelconque avant la survenance du terme, pourtant l'obligation n'en a pas moins une existence certaine; l'objet de la créance du bénéficiaire est un bien futur, déclare-t-on, car, fréquemment, au moment de la conclusion du contrat, le fonds de commerce ne figurera pas dans le patrimoine du promettant. Mais peu importe cet argument, puisque l'article 1130, alinéa 1, précise que l'obligation peut valablement porter sur une chose future, pourvu qu'elle soit déterminable, ce qui est justement le cas de la clause commerciale. Sinon il nous faudrait admettre que l'insolvabilité d'un débiteur entraîne l'extinction du droit du créancier par disparition de l'objet; dans les rapports d'un créancier et de son débiteur, l'objet de l'obligation, par le jeu de la subrogation réelle, peut entrer dans le patrimoine du débiteur, puis plus tard en ressortir, sans que les rapports soient de ce fait modifiés.

Il semble même que l'action paulienne serait, dans une hypothèse spéciale, susceptible de sanctionner les droits du bénéficiaire : ce pourrait être le cas d'une donation entre vifs faite par le promettant peu de temps avant son décès dans l'unique but de frauder les droits de son épouse. Si la preuve de l'existence de la fraude est apportée en justice, l'action paulienne sera recevable et la donation révoquée, c'est donc que dès le vivant du promettant, le droit du bénéficiaire est susceptible de produire certains effets; au contraire, le droit éventuel, qui caractérise le pacte sur succession future, n'est qu'une simple espérance; il peut parfois se trouver sanctionné par l'action en réduction pour atteinte à la réserve, mais il s'agit là d'une action spéciale à l'héritier réservataire qu'on ne saurait invoquer en notre matière.

(1) GENY — *Semaine juridique* — 1928 p. 703.

Ce tableau sommaire des discussions doctrinales sur la nature juridique de la clause commerciale, et que nous ne saurions étendre sans crainte de nous évader du plan que nous nous sommes tracé, nous a suffisamment démontré que cette clause n'est pas nécessairement un pacte sur succession future et qu'il était possible, en jurisprudence, de la valider en la qualifiant de promesse *post-mortem*. Si les obligations du promettant demeurent extrêmement ténues, elles n'en existent pas moins, et lui interdisent de disposer par testament du fonds de commerce visé par la clause, et de consentir sur celui-ci une nouvelle promesse de vente réalisable après décès, elles créent au profit du bénéficiaire plus qu'une expectative, plus qu'une simple espérance, mais un droit actuel, qui peut, en cas de fraude, recevoir la sanction de la loi.

Ces considérations justifient les critiques dont la jurisprudence de la Cour de Cassation a été l'objet de la part de la doctrine; on peut d'ailleurs espérer pour l'avenir un revirement jurisprudentiel en faveur de la clause commerciale, car les plus récentes décisions témoignent d'un certain relâchement de sévérité à l'égard de la prohibition des pactes successoraux: la suite de notre travail nous permettra de préciser cette pensée, mais, en toute hypothèse, la clause commerciale est d'un intérêt pratique incontestable, sa généralisation en est la meilleure preuve et il ne paraît pas que les efforts isolés de la doctrine pour en contester l'utilité sociale aient été suivis (1).

§ 3. — REMEDES APPORTES EN PRATIQUE A LA NULLITE

Il importe d'envisager les remèdes afférents aux deux situations qui peuvent se présenter : ou bien le contrat de mariage contient la clause commerciale, ou bien il ne s'agit que de préciser la rédaction nouvelle des contrats de mariage à venir, afin d'obtenir un effet aussi voisin que possible de celui de la stipulation prohibée.

I. — CONTRATS ANCIENS CONTENANT LA CLAUSE COMMERCIALE.

La solution qui viendrait immédiatement à l'esprit consisterait à modifier les clauses du contrat de mariage, mais cette opération ne peut être envisagée, sous peine de nullité, à raison du grand principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Il est donc nécessaire d'agir indirectement par un acte extérieur au contrat de mariage. Un premier procédé consiste à recourir à l'institution contractuelle avec charge, l'époux propriétaire instituant son conjoint héritier du fonds pour le cas de son prédécès, à charge pour le bénéficiaire de verser aux héritiers de l'instituant une indemnité représentative de la valeur du fonds. La charge absorberait l'émolument, mais l'institution contractuelle ne répugne-t-elle pas au caractère onéreux ?

(1) Julliot de la Morandière — Juris-classeur civil art. 1130.

M. GENY (1) avait prévu l'objection et écrivait : « si l'institution contractuelle est présentée comme étant normalement une donation de biens à venir, il ne répugne pas à son caractère fondamental de contenir un élément onéreux ». Il est exact que les textes du Code Civil ne s'opposent nullement à ce que l'institution contractuelle ait lieu à titre onéreux; par exemple, l'article 1086 prévoit que les donations pourront être faites à condition de payer toutes les dettes et charges de la succession; sous cette forme, l'institution contractuelle n'est une libéralité que de nom; elle n'est réellement un acte à titre gratuit que dans la mesure où la charge n'absorbe pas entièrement l'émolument.

D'autres auteurs (2) proposent d'utiliser l'institution contractuelle sans dispense de rapport, le survivant demeurant tenu d'imputer la valeur du fonds sur le montant de ses droits soit dans la communauté, soit dans la succession.

Nous serions donc favorable à la licéité de l'institution contractuelle avec charge intervenant entre les époux au cours du mariage; on pourrait également songer à un legs fait par chacun des époux au survivant; ce legs porterait sur le fonds de commerce que le testateur serait susceptible de posséder lors de son décès et serait fait à charge pour le légataire d'indemniser les héritiers de l'époux prédécédé. Il devrait pour être valable être rédigé en deux actes séparés, à raison de la prohibition des testaments conjonctifs.

Mais les effets de ces palliatifs, institution contractuelle ou legs seraient-ils absolument identiques à ceux de la clause commerciale ? Le droit du bénéficiaire ne se trouverait-il pas diminué dans sa certitude ? La donation entre époux intervenue durant le mariage et le legs sont en effet des actes juridiques essentiellement révocables mais, il est vrai que dans le cas de la clause commerciale, le promettant demeure toujours libre d'anéantir le droit du bénéficiaire en vendant le fonds. Néanmoins la clause commerciale, à la différence du legs ou de la donation entre époux faite pendant le mariage, ne peut être détruite par une disposition à cause de mort ou par une nouvelle promesse de vente réalisable après décès.

Il subsiste d'ailleurs quelques difficultés touchant à l'institution de la réserve héréditaire : si nous supposons que l'indemnité ou plus exactement la charge prévue dans l'acte de donation ou le testament est sensiblement inférieure à la valeur réelle du fonds, il faut que cette différence n'excède pas la quotité disponible, sinon les réservataires agiront en vertu de l'action en réduction. Mais cet inconvénient n'existera que dans l'hypothèse où le prémourant aura pour partie été inspiré par *l'animus donandi* ce qui, en pratique, est assez rare, la clause commerciale étant moins une libéralité qu'une convention entre associés.

La dernière objection — et la plus sérieuse — résulte du principe de la réserve en nature. Le fonds de commerce peut fréquemment dépasser la quotité disponible, s'il s'agit par exemple d'époux commerçants dont il constituerait l'unique moyen d'existence : quand même l'indemnité représenterait la valeur intégrale du fonds

(1) GENY — Semaine Juridique — 1928 — p. 705.

(2) JACTAT. — Journal du Notariat (10 mars 1933).

de commerce, les héritiers ne seront-ils pas admis à se prévaloir de leur droit à recevoir la réserve en nature. Si le de cujus peut librement composer la quotité disponible, ce n'est qu'à condition de faire parvenir aux héritiers réservataires les autres éléments de son patrimoine en nature et non en valeur. Le de cujus ne saurait imposer à ses descendants la réception d'une somme d'argent à la place de leur réserve en nature (1).

Nous pouvons donc conclure de ce rapide examen des palliatifs susceptibles d'apporter un remède aux contrats de mariage déjà existants et contenant la clause commerciale, que seul le procédé du legs ou de l'institution contractuelle intervenant entre les époux durant le mariage est d'une validité certaine, mais dans la seule mesure où le fonds de commerce ne dépasse pas la quotité disponible. Sinon la volonté des parties risque de se heurter au droit des successibles en ligne directe d'exiger leur réserve en nature et non pas simplement en valeur.

II. — CONTRATS DE MARIAGE A VENIR.

Le remède le plus radical à la nullité de la clause commerciale serait de ne plus la faire porter que sur un fonds commun; elle figure alors dans le cadre des avantages matrimoniaux validés par les articles 1515 à 1525 du Code Civil, mais si le remède est radical, il n'en est pas moins imparfait car il retire à la clause une grande partie de ses intérêts pratiques.

On pourrait également, suivant les solutions adoptées dans l'hypothèse précédente, songer à l'emploi de l'institution contractuelle avec charge (2). le survivant bénéficiaire n'étant tenu de récompenser la succession du prémourant que jusqu'aux quatre-cinquièmes de la valeur du fonds. L'*animus donandi* apparaîtrait alors clairement et la validité de l'institution contractuelle serait incontestable. Mais l'inconvénient de ce remède est d'obliger le prémourant à gratifier son conjoint.

Aussi le palliatif le plus recommandable et que la Cour d'Appel de CAEN vient d'ailleurs de valider expressément par l'arrêt précité du 12 novembre 1940 (3) consiste dans la vente par chaque époux de son fonds de commerce à la communauté; le fonds serait estimé dans le contrat de mariage et tomberait en communauté, par application de l'adage *aestimatio facit venditionem*; les parties stipuleraient au surplus que la vente s'appliquerait aux fonds de commerce futurs, c'est-à-dire à ceux qu'elles seraient susceptibles d'acquérir en cours de mariage par succession, testament ou donation.

Une fois le fonds devenu un bien commun, la clause commerciale est valable; elle n'est plus qu'un simple avantage matrimo-

(1) PLANIOL et RIPERT — T. V n° 26.

COLIN et CAPITANT — III n° 935 — Mlle WEILL — thèse Paris 1934.

(2) SAVATIER — Def. — Rép. Périodique — 1929 art. 21997.

(3) CAEN 12 nov. 1940 — D. analytique 1941 p. 30.

(4) Art. 5 de la loi du 13 juillet 1907. (Voir p. 65 16^e ligne.)

nial et s'analyse en un *preciput* à titre onéreux; l'inconvénient est que le mari peut librement disposer du fonds, puisqu'il est tombé en communauté, l'efficacité de la clause est dès lors subordonnée à sa volonté; d'autre part, si la femme renonce à la communauté après le décès du promettant, elle perd en principe le bénéfice du *preciput*, sauf clause contraire et expresse de son contrat de mariage (art. 1515 al. 1 du Code Civil).

On peut d'ailleurs remédier à ces inconvénients en stipulant dans le contrat de mariage, ce qui est parfaitement licite, que le fonds de commerce mis en communauté par la femme figurera parmi ses biens réservés, de manière à le soustraire à l'administration et à la jouissance du mari. Les biens réservés étant des biens communs, la clause commerciale peut jouer soit au profit du mari, soit au profit de la femme; au cas où celle-ci renoncerait à la communauté, les biens réservés sont exclus du partage et elle peut les conserver à titre de propres. La renonciation de la femme ne saurait donc, dans ces conditions, la priver d'un bien qu'elle a, de son chef, apporté à la communauté (1).

Tels sont les principaux palliatifs grâce auxquels la pratique peut espérer atténuer les conséquences de la nullité de la clause commerciale; ils sont loin d'être à l'abri de toute critique; aussi le remède le plus radical consisterait soit dans une réforme de l'art. 1389 du Code Civil, soit dans un assouplissement de la jurisprudence qu'il est encore permis d'espérer (2).

(1) LYON — 17 octobre 1929 — D. P. 21-2-25 — AUBRY et RAU T. VIII 507 note 1 bis.

(2) En effet, on a parfois objecté au système que nous venons d'exposer qu'il pouvait en résulter une lésion pour les héritiers de l'époux apporteur. Supposons que le fonds de commerce provenant du mari vaille 60.000 fr. lors de son apport à la communauté; par suite de plus-values, sa valeur est de 100.000 fr. lors de la dissolution du mariage. Si la clause commerciale portant sur un propre n'était pas nulle et jouait au profit de la femme, celle-ci devrait verser aux héritiers du mari une somme de 100.000 fr.

Si, au contraire, nous n'admettons que la validité de la clause portant sur un bien connu, la femme doit verser à la communauté 100.000 fr. et les héritiers du mari n'ont droit qu'à leur reprise de 60.000 fr. le reliquat, 40.000 fr. sera partagé entre les époux; finalement, la femme n'aura versé que 80.000 fr. pour conserver le fonds de commerce; les héritiers du mari seront lésés de 20.000 fr.

Il est vrai que le résultat est en partie conforme à l'équité car fréquemment la plus-value est le fruit du travail commun des époux; il est juste, par suite, que chacun d'eux puisse nourrir l'espérance d'en retirer un jour un bénéfice. La clause présente un caractère aléatoire qui peut stimuler le zèle des époux.

CHAPITRE II

LES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE DANS LES ACTES DE SOCIÉTÉ

L'arrêt du 11 janvier 1933 marqua le point décisif de l'extension démesurée que prenait en jurisprudence la notion de pacte sur succession future. Il en résulta un grand nombre de procès dont l'objet était l'annulation, en vertu de l'article 1130, de clauses d'actes de société que jusqu'à cette époque une pratique unanime avait estimées valables. La jurisprudence dut réagir et nous venons de voir qu'effectivement ces dix dernières années marquent un certain fléchissement de la rigueur dont la Cour de Cassation avait témoigné lors de la discussion de l'affaire CREMIEUX.

Les problèmes que nous abordons sont d'une grande importance pour l'étude du concept moderne du pacte sur succession future. Ils sont le fruit d'une analyse juridique raffinée, quoique d'un développement tout récent et nécessiteront des explications assez longues, car ils ont menacé d'ébranler la vie même des sociétés par intérêt.

Mais l'ingéniosité des juristes ne s'est pas arrêtée à cette seule forme de sociétés. Jusque dans les statuts des sociétés par actions, elle est parvenue à découvrir des clauses qu'elle a prétendu qualifier de pactes sur succession future; nous verrons que cette tentative fut une conséquence de l'*intuitus personae* (1) qui, à l'époque contemporaine, tend à se répandre dans l'esprit général de la société par actions.

Le plan de ce chapitre sera donc très simple : une première section sera consacrée aux pactes sur succession future dans les sociétés de personnes; une seconde à l'existence de ces pactes dans les sociétés par actions.

(1) CAMERLIN — thèse — Paris — de l'*intuitus personae* dans les sociétés anonymes.

SECTION I — LES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE DANS LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES

En droit commun, par application de l'article 1865 du Code Civil, la société de personnes est dissoute par le décès d'un des associés; cette solution brutale est la conséquence de l'*intuitus personae* qui constitue le fondement même de cette catégorie de sociétés; le pacte social a été conclu sur la confiance mutuelle que se témoignent les associés: ils nourrissent les uns à l'égard des autres le *jusfraternitatis*; il est donc normal qu'en cas de décès de l'un d'eux l'intrusion d'un étranger aux lieu et place du prémourant soit une raison suffisante pour qu'ils renoncent à poursuivre l'exploitation des affaires sociales. L'article 1865 du Code Civil n'est à ce point de vue que la traduction de leur volonté présumée.

Mais depuis le temps lointain où apparurent dans la vie commerciale les premières sociétés de personnes, la pratique s'est efforcée de remédier à ces conséquences néfastes de l'*intuitus personae*, exposer la marche de la société au risque du décès prématuré d'un associé est s'interdire toute chance de développement des affaires sociales; existe-t-il un commerçant assez imprudent pour investir des capitaux importants dans une entreprise dont la continuation est soumise au décès ou à la survie d'un seul des associés ? Enfin la liquidation des droits de chaque associé peut être extrêmement gênante, particulièrement au point de vue fiscal, il est donc préférable de considérer la société dans ses assises, et de ne procéder au partage et à la liquidation que dans des hypothèses exceptionnelles, par exemple en cas de déconfiture, de faillite ou de disparition des associés.

D'ailleurs la loi est venue encourager les efforts de la pratique, le Code Civil dans l'article 1868 apporte au principe de la dissolution de la société par le décès d'un des associés deux exceptions : la première consiste à autoriser la continuation de la société entre les seuls survivants, la seconde à permettre l'entrée dans la société des héritiers de l'associé prédécédé aux lieu et place de leur auteur. Mais le jeu de ces deux clauses exige que l'on procède à l'évaluation de la part sociale du prédécédé, afin de fixer exactement les droits de ses héritiers. Cette évaluation entraînant des complications de toutes sortes, il a paru parfois commode de prévoir dans l'acte constitutif de la société la valeur forfaitaire de la part de chacun des associés.

C'est dans le domaine de ces deux clauses que s'est posé de nouveau en jurisprudence le problème de la qualification des pactes successoraux, dans la clause prévoyant la continuation de la société avec ou à l'exclusion des héritiers du prédécédé, et dans celle fixant forfaitairement et par avance la valeur des parts sociales et leurs modes de remboursement.

§ I. — CLAUSES RELATIVES A LA CONTINUATION DE LA SOCIÉTÉ APRES LE DÉCÈS D'UN ASSOCIÉ

Nous venons de voir que l'article 1868 du Code Civil permet expressément de stipuler, nonobstant le décès d'un des associés, la continuation de la société soit entre les seuls survivants, soit avec les héritiers de l'associé prédécédé; mais la pratique, soucieuse d'assurer la validité de clauses que l'art. 1868 ne prévoyait pas expressément, s'est efforcée de faire admettre que ce texte visait également la clause de continuation *avec un seul des héritiers* du prédécédé, et sur ce point la jurisprudence s'est parfois laissé convaincre. Il convient donc d'envisager successivement les deux interprétations dont l'article 1868 du Code Civil est susceptible.

SOUS § 1. — L'INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DE L'ARTICLE 1868 DU CODE CIVIL

A) *Continuation de la société entre les seuls associés survivants.*

Cette première exception prévue par l'article 1868 du Code Civil ne souffre, abstraction faite des modes d'évaluation de la part sociale de l'associé prédécédé, que nous retrouverons par la suite, aucune difficulté. Cependant, il est permis de se demander si cette clause insérée dans l'acte de société ne constitue pas intrinsèquement un pacte sur succession, validée par la loi dans une hypothèse spéciale.

Quelle serait en effet la situation si la clause n'était pas licite ? Au décès de leur auteur, les héritiers seraient en droit, conformément à l'art. 1865, de réclamer la liquidation de la société, car ils seraient demeurés co-propriétaires indivis d'une fraction du fonds social. C'est en vain que l'on objecterait à cette notion d'indivision entre les associés à la suite du décès de l'un d'eux, la persistance de la personnalité morale de la société; cette persistance n'est en effet qu'une fiction créée par la jurisprudence pour faciliter les opérations compliquées qu'entraîne la liquidation, en particulier pour permettre aux créanciers sociaux d'assigner leur débitrice en la personne de ses gérants et administrateurs; la persistance de la personnalité morale n'existe d'ailleurs qu'à l'égard des tiers; dans leurs rapports respectifs, les associés n'en demeurent pas moins co-propriétaires des biens appartenant à la société dissoute. Elle n'est qu'un incident de la liquidation (1).

Voilà donc quelle serait la situation si l'article 1868 ne prévoyait pas un mode spécial de continuation de la société entre les associés survivants; la clause de l'acte de société est obligatoire pour les héritiers qui, quel que soit le sens de leur option, acceptation de la

(1) Civ. 12 février 1890 — D. P. 90 — 1 — 204.

succession ou renonciation, se trouvent délibérément exclus de la société dont la personnalité morale subsiste, même dans les rapports des associés. Au lieu d'être en droit de réclamer la liquidation de la société, les héritiers ne peuvent que demander le remboursement de la part sociale de leur auteur, tel que l'ont prévu les statuts. L'article 1868 autorise donc chaque associé à régler par avance, et par contrat, la dévolution d'une fraction de sa succession, en grevant ses héritiers d'une obligation dont la naissance n'est déterminée que par son décès. C'est sous cet aspect que la clause constitue nettement un pacte sur succession future, exceptionnellement toléré.

B). — *Continuation de la société avec les héritiers du prédécédé.*

L'article 1868 dispose : « s'il a été stipulé, qu'en cas de mort d'un des associés, la société continuerait avec son héritier... ces dispositions seront suivies ». Cette seconde exception au principe posé par l'article 1865 est fréquemment usitée dans les sociétés de famille, mais son application pratique suscite plus de difficultés que la première.

Tout d'abord, il est aisé de constater qu'elle déroge elle aussi à la prohibition des pactes sur succession future, car elle met, comme la clause de continuation de la société entre les seuls survivants, une obligation à la charge des héritiers, elle vient limiter les droits que leur offre les modes nouveaux de liquidation des biens héréditaires; les héritiers du prédécédé sont, en effet, tenus, sauf renonciation de leur part, d'entrer dans la société en qualité d'associés, tandis qu'en droit commun, ils seraient fondés, tout en se portant acceptants purs et simples à opter pour la liquidation et la vente des droits sociaux de leur auteur. Cette obligation ne prend naissance qu'à l'instant et par le fait du décès; elle a pour contrepartie un droit éventuel appartenant aux autres associés d'exiger de la part des héritiers acceptants, leur entrée dans la société. Ce droit durant la vie du promettant n'est en réalité qu'une espérance; nous retrouvons donc dans la clause présente les conditions nécessaires et suffisantes du pacte prohibé, caractère conventionnel, puisqu'elle est insérée dans l'acte de société, caractère successoral, la part sociale du prédécédé étant envisagée en tant que faisant partie de sa succession, caractère éventuel, le droit conféré aux survivants ne prenant naissance qu'après le décès du promettant.

L'application pratique de cette clause, écrivions-nous, peut parfois rencontrer des difficultés, sur lesquelles la jurisprudence a dû statuer; que va-t-il se passer en effet si l'un des héritiers est mineur ? En entrant dans la société de personnes, nous supposons qu'il s'agit d'une société en nom collectif, le mineur acquiert la qualité de commerçant, ce qui lui est interdit, à moins qu'il ait atteint l'âge de l'émancipation. Cependant, il doit entrer dans la société; cette obligation est une conséquence de sa qualité d'héritier acceptant (1) et il n'est pas en droit de réclamer aux survivants

(1) L'obligation pour le mineur de n'accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire ne le dispense nullement d'entrer dans la société du moment que la clause constitue une charge successorale.

la liquidation de la part sociale de son auteur. Aussi la jurisprudence, par une fiction hardie, tend à considérer que la succession et non pas les héritiers entre dans la société. La succession soutient, pour ainsi dire, la personne du défunt. Mais ce procédé ne peut se concevoir qu'au cas de pluralité d'héritiers.

Si le mineur est seul et unique héritier, on peut avoir recours à un expédient; la transformation, au moins temporaire, de la société en nom collectif en commandite simple. Le commanditaire n'a pas en effet la qualité de commerçant, et le mineur peut, en conséquence, acquérir une part de commandite. Cette combinaison est d'ailleurs d'une validité douteuse quand elle est prévue par l'acte de société; il semble, d'après M. CAPITANT (1) que pour être licite, elle doit intervenir volontairement de la part des héritiers, et non pas s'interpréter en une obligation à leur charge; insérée dans les statuts, elle peut en effet s'analyser en une promesse de vente dont l'objet serait la part sociale du promettant telle qu'elle serait au décès; elle tendrait à créer un droit éventuel au profit des survivants; mais on peut se demander s'il ne serait pas possible de la valider au nom de l'article 1868; il n'est pas de raison que la seule présence d'un héritier mineur interdise la mise en œuvre d'une clause socialement utile.

Mais la jurisprudence penche vers une interprétation extensive de l'article 1868; elle déclare licites non seulement les deux clauses que nous venons d'étudier et qu'il valide expressément, mais la stipulation prévoyant que la société continuera avec un seul héritier du prédécédé ou avec les héritiers d'une catégorie déterminée à l'exclusion des autres.

Sous § 2. — CONTINUATION DE LA SOCIÉTÉ AVEC UN SEUL HÉRITIERS OU QUELQUES-UNS D'ENTRE EUX

Cette délicate question ne s'est posée pratiquement qu'au sujet des droits du conjoint survivant, les actes de société stipulant que la société continuerait tantôt avec le seul conjoint du prédécédé, tantôt avec les héritiers à l'exclusion du conjoint.

Si la clause prévoit la continuation de la société avec le conjoint survivant, elle s'analyse en une promesse de vente faite par l'associé prédécédé de ses droits sociaux au profit de son époux survivant, nous retrouvons le problème de la clause commerciale et les solutions qu'il comporte : si les droits sociaux sont des biens communs, la clause est valable; si s sont, au contraire, des biens propres, la clause est nulle d'après la Cour de Cassation.

A l'inverse, l'exclusion du conjoint du bénéfice de la clause est une question entièrement nouvelle, qui, ces dernières années, à l'occasion de l'affaire de la société Louis DREYFUS, divisa profondément la doctrine et la jurisprudence. Elle permit en effet au Tribunal de la Seine et à la Cour de PARIS de résoudre les différents problèmes suscités par l'application de la clause.

C'est autour de cette affaire que nous grouperons les développe-

(1) Note sous l'affaire Louis DREYFUS — D. P. — 1936 — 2 — 89.

men's qui vont suivre; nous adopterons, une division tripartite; après avoir étudié sommairement les thèses respectives des juridictions, nous aborderons la discussion des divers systèmes proposés.

I. — THESE DE LA NULLITE

Ce fut celle que soutint le tribunal civil de la Seine dans son jugement du 27 décembre 1933 (Journal des sociétés 1934 — p. 178 — avec les conclusions de M. le Substitut PICARD).

La société LOUIS DREYFUS est une société en nom collectif, une des plus puissantes et des plus riches. Un des associés, Charles LOUIS DREYFUS était décédé le 30 juillet 1929, laissant d'une part sa veuve commune en biens, légataire universelle de la quotité disponible et usufruitière du tiers des bénéfices de la communauté en vertu de son contrat de mariage, d'autre part trois enfants, dont l'un mineur. L'acte de société prévoyait que les enfants du prédécédé deviendraient commanditaires pour une part représentant la moitié du compte capital et du compte courant de leur auteur. Le reliquat des deux comptes était stipulé remboursable en 5 échéances dont les modalités étaient spécifiées à l'acte. Il était prévu que même au cas où le prémourant laisserait des enfants mineurs ou des incapables, on ne procéderait pas à l'inventaire du fonds social. La veuve était expressément exclue du bénéfice de ces dispositions. Enfin, une dernière clause permettait à l'associé-gérant survivant de demander soit la dissolution immédiate de la société, soit la continuation avec les héritiers du prédécédé.

Après décès de Charles LOUIS DREYFUS, l'associé survivant entendit faire jouer la clause de continuation, il signifia sa décision aux héritiers; l'un de ceux-ci, la dame SCHUHMANN, refusa d'entrer dans la société et l'assigna en partage des droits sociaux de son père; le tribunal civil de la Seine, par son jugement du 27 décembre 1933 fit droit à sa demande.

Quelle était son argumentation ? Elle peut se résumer en deux points : dans les rapports du de cujus et de ses héritiers la clause est une stipulation pour autrui, valable aux termes de l'article 1121 du Code Civil, mais dans les rapports des associés entre eux, elle est une promesse de vente portant sur des biens à venir; et à ce titre doit être annulée sous la qualification de pacte sur succession future.

a) *La clause est une stipulation pour autrui.*

La société de personnes est dominée par l'*intuitus personae*; la clause de continuation de la société avec les héritiers du prédécédé présente un caractère strictement personnel, et la transmissibilité des parts sociales ne peut résulter que d'une disposition formelle de la loi.

S'il est exact que l'article 1868 du Code Civil autorise une semblable exception, le terme « son héritier » employé par ce texte, ne peut, en tout état de cause, viser que la succession prise *in globo*, c'est-à-dire l'ensemble des personnes appelées à recueillir l'universalité de ses biens. La stipulation prévue par l'article 1868 doit en effet s'interpréter en fonction de l'article 1122, aux termes duquel

« on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

La clause ne peut donc s'entendre qu'en tant qu'elle constitue une charge successorale dont seront tenus tous les héritiers ou ayants-cause universels et à laquelle ils ne pourront se soustraire; si la stipulation a été faite au profit d'une seule catégorie d'héritiers, envisagés non plus en leur qualité de successibles, mais à raison des liens de sang ou d'affection qui les reliaient au défunt, elle revêt à l'égard du bénéficiaire un caractère exclusif et personnel qui le fait apparaître comme un tiers par rapport au stipulant. Donc, conclut le Tribunal de la Seine, l'article 1868 ne peut plus s'appliquer; la clause s'analyse en une stipulation pour autrui qui, conformément à l'article 1121, peut être révoquée jusqu'à l'acceptation du bénéficiaire; inversement, aucune obligation ne lui est imputée et nonobstant sa qualité d'héritier acceptant pur et simple, il se réserve le droit de renoncer à s'en prévaloir.

L'acte de société prévoyait en effet une véritable exclusion de la veuve DREYFUS, légataire universelle de la quotité disponible, et usufructière, de par son contrat de mariage, du tiers des bénéfices de la communauté. La désignation des seuls enfants en qualité de bénéficiaires s'expliquait moins à raison de leur vocation héréditaire que de l'affection nourrie par le stipulant à leur égard; par suite, la dame SCHUHMANN était recevable à refuser l'offre qui lui avait été faite et à exiger la liquidation des droits sociaux de son père.

b) *Dans les rapports respectifs des associés, la clause s'analyse en un pacte sur succession future.*

A ce point de vue, soutient le Tribunal de la Seine, la clause s'analyse en une promesse de vente de ses droits sociaux faite par chacun des associés, au profit du survivant d'entre eux, au cas où il décéderait le premier. Nous avons vu en effet que la clause ouvrait une option à l'associé survivant; qu'il pouvait, soit décider de conserver pour lui seul les droits du prédécédé et demander la dissolution de la société, soit mettre en demeure les héritiers d'entrer dans la société, moyennant un règlement forfaitaire de la part sociale de leur auteur. Ce n'est donc pas seulement l'exigibilité, mais l'existence du droit lui-même qui demeure incertaine jusqu'au décès du promettant.

La promesse *post mortem* se présenterait de la manière suivante : Charles Louis DREYFUS stipulant que son frère pourrait exiger de ses héritiers à lui, Charles, lors de son décès et quel que soit l'ordre de ces décès, la réalisation de la promesse de vente; les parties n'envisagent pas alors l'éventualité de leur prédécès et la promesse de vente comporte un terme incertain : la mort du promettant. Le droit du bénéficiaire est immédiat, son exigibilité est seule différée.

Mais en réalité, c'est seulement si le promettant prédécède que le survivant pourra exiger de ses héritiers la réalisation de la promesse; le droit du survivant, plus exactement du bénéficiaire est durant la vie du promettant moins qu'incertain, il est éventuel; Charles Louis DREYFUS ne s'est pas engagé lui-même il n'a engagé

que ses héritiers et cet engagement n'a été conclu dans l'esprit des parties qu'en prévision de l'ouverture de la succession du promettant.

L'élément éventuel de la clause est donc nettement caractérisé; l'élément conventionnel est implicite puisque la cause est insérée dans l'acte de société; quant à l'élément successoral, il n'est pas malaisé de le déceler.

Quel est en effet l'objet de la promesse de vente ? Ce ne peuvent être les droits de l'associé au jour de la promesse; ce sont ces mêmes droits, dans leur état au jour du décès du promettant.

La stipulation litigieuse porte donc sur des biens à venir, chaque contractant disposant pour le jour où il ne sera plus, de ses droits dans la société et attribuant au survivant un droit privatif sur tout ou partie d'une succession ouverte.

Or, on ne peut admettre que l'article 1868 autorise une dérogation à la prohibition des pactes sur succession future, qui est d'ordre public; il prévoit simplement qu'il est licite de convenir que la société continuera avec les héritiers de l'associé prédécédé, pris *in globo*, mais il n'a pas permis de réglementer la faculté de rachat au profit des survivants et de substituer un forfait à la valeur réelle de la part sociale du prémourant. Dans ses dispositions *in fine*, l'article 1868 précise même qu'en cas d'exclusion, l'héritier a droit au partage de la société; c'est donc qu'en tout état de cause la liquidation doit être égalitaire et ne peut être réglementée arbitrairement.

Telle peut se résumer la conception défendue par le Tribunal de la Seine dans son jugement du 27 décembre 1933; envisagée dans les rapports du de cujus et de ses héritiers, la clause litigieuse est une stipulation pour autrui, soumise à la nécessité de l'acceptation du bénéficiaire; envisagée dans les rapports des associés, elle est nulle comme constituant un pacte sur succession future; cette thèse est, reconnaissons-le, extrêmement solide et nous devons en retenir les éléments quand nous en viendrons à la discussion générale de la validité de la clause.

II. — THESE DE LA VALIDITE.

Le jugement du Tribunal de la Seine du 27 décembre 1933 produisit une vive émotion dans le monde des affaires; il menaçait en effet d'ébranler les innombrables clauses de continuation contenues dans les actes de société et c'est parfois avec quelque anxiété que les praticiens attendirent la décision de la Cour d'Appel.

Celle-ci rendit son arrêt le 17 décembre 1935 (D. P. 1936 — 2 — 89 avec une note de M. CAPITANT — S. 1936 — 2 — 105 avec une note de M. NEUBURGER). Sur tous les points elle infirma le jugement entrepris.

a) Réfutation de l'idée de stipulation pour autrui.

La Cour de PARIS commence, conformément aux conclusions du Substitut Général GUYENOT, par s'attaquer à la notion de stipulation pour autrui. Elle fait remarquer que, sauf l'exception prévue par l'article 63 § 2 de la loi du 13 juillet 1930 sur les assurances

terrestres, la stipulation pour autrui ne peut concerner qu'un bénéficiaire né ou tout au moins conçu; or, en 1904, quand l'acte de société a été rédigé, les enfants du stipulant, Charles Louis DREYFUS n'étaient ni nés, ni conçus. D'autre part, la stipulation pour autrui est essentiellement révocable. Cette révocabilité est contraire au but poursuivi par la clause de continuation, car il résulte de l'intention des parties « que le stipulant ne s'était pas réservé le droit individuel de révoquer la désignation faite ni la possibilité de la modifier ou de la supprimer autrement que par un changement apporté aux statuts ».

Enfin, l'arrêt ajoute un argument de texte; on ne peut expliquer comme l'a fait le Tribunal de la Seine l'article 1868 par l'article 1122; les situations visées par ces deux textes sont profondément différentes, l'article 1122 concerne les héritiers du stipulant pris *in globo*; l'article 1868 est, par contre, un texte spécial qui ne vise qu'un héritier déterminé; le texte prévoit expressément que « s'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ces dispositions seront suivies ».

b) Réfutation de l'idée de pacte sur succession future.

L'argumentation de la Cour de PARIS, défendable sur le premier point, l'est moins sur le second. Elle commence par déclarer qu'on ne peut tirer argument de la nullité de la clause commerciale, car il s'agit alors de la clause d'un contrat de mariage réservant à la femme la possibilité de racheter aux héritiers, moyennant une somme forfaitaire, le fonds de commerce propre ou les droits sociaux du promettant dans la société, hypothèse de l'affaire CREMIEUX. Cette attribution de droits faite par un époux au profit de l'autre incombe à la charge des seuls héritiers : le promettant ne peut en aucun cas en retirer un bénéfice quelconque.

Dans l'affaire Louis DREYFUS, les intérêts des parties sont au contraire concurrents. Chacun des contractants peut espérer que la clause lui profitera. Ils ne seront départagés que par le prédécès de l'un d'eux.

Poursuivant son raisonnement, la Cour de PARIS déclare que la clause s'analyse en une promesse de vente des droits sociaux, réciproque entre les associés, dont l'exigibilité seule est retardée jusqu'au décès du prémourant. Elle estime que les contractants se sont engagés à ce que la société soit liquidée dans les conditions prévues par le pacte social. En résumé les droits sociaux n'appartiendront pas éventuellement aux associés survivants à titre successif « mais en vertu d'un contrat à titre onéreux, dont les dispositions arrêtées d'un commun accord, demeureront simplement suspendues jusqu'à la réalisation d'un terme » (1).

La Cour de PARIS conclut de ces considérations que le promettant n'a pas entendu agir à titre successif. Il a simplement voulu notifier la composition de son patrimoine tel qu'il se comportera à son décès. Cette opération est licite, car ce n'est pas porter atteinte au statut successoral. La clause apparaît dès lors comme une charge

(1) TRASBOT — Journal des Sociétés — 1929 — p. 130.

héréditaire, dont les héritiers ne peuvent se dégager qu'en renonçant à la succession.

A la suite de la décision de la Cour de PARIS, la dame SCHUH-MANN se pourvut en Cassation. Par arrêt du 2 mars 1937, la Chambre des Requêtes admit le pourvoi, mais la Chambre Civile ne fut pas saisie. Le silence se fit peu à peu sur l'affaire. Il est fort vraisemblable qu'un désistement soit intervenu.

III. — DISCUSSION GENERALE DE LA VALIDITE DE LA CLAUSE.

Il s'agit désormais, non plus d'exposer objectivement les différentes thèses en présence, mais de les discuter et d'essayer de formuler en définitive une appréciation critique de la clause soumise à notre examen.

Le raisonnement du tribunal de la Seine, apparemment impeccable, ne saurait cependant nous convaincre de l'existence d'une stipulation pour autrui. La majorité des auteurs, MM. CAPITANT et GENY en tête, sont opposés à cette idée. La stipulation pour autrui ne pouvait en l'occurrence être sérieusement admise puisque sa structure juridique ne lui permet de jouer qu'en faveur des enfants nés ou conçus. Ce serait dès lors retirer à la clause la plus grande partie de son intérêt pratique.

D'ailleurs, à la réflexion, il n'est pas certain qu'un droit d'option ait été laissé au bénéficiaire. Il semble que ce soit l'associé survivant, et non l'héritier bénéficiaire qui ait seul le droit de continuer la société entre les survivants ou au contraire d'y faire entrer les enfants. L'associé semble donc bénéficier de la clause au même titre que l'héritier, mais n'étant pas un tiers, étant partie au contrat, l'opération ne peut plus s'analyser en une stipulation pour autrui.

Mais, sans approfondir une objection aussi subtile, il faut reconnaître que du point de vue de l'intérêt social, la notion de stipulation pour autrui présente de nombreux inconvénients. Comportant nécessairement une acceptation de la part du bénéficiaire le mécanisme de l'acte demeure à sa discrétion, résultat qui n'est pas conforme aux intentions du stipulant. Il ne faut pas oublier en effet que l'esprit général de la clause est de permettre, nonobstant la mauvaise volonté des héritiers, de continuer la vie sociale. Le stipulant a voulu que la clause soit assimilée à une charge héréditaire et que l'acceptation de sa succession par ses héritiers entraîne de leur part l'obligation d'exécuter la clause.

Est-il nécessaire d'ajouter que d'une manière générale la doctrine tend à admettre que la stipulation faite au profit de que ques-uns des héritiers seulement est un pacte successoral, par suite entaché de nullité absolue (1).

Il faut donc abandonner sur ce point le raisonnement du tri-

(1) DALLOZ — Nouveau Code Civil Annoté — art. 1122 n° 72 et suivants.
DEMOGUE — Traité des Obligations — T. 7 n° 672.

AUBRY et RAU — Cours de Droit Civil français — 5^e édition Tome IV § 346 p. 565.

bunal de la Seine. Que devons-nous maintenant penser de la thèse soutenue par la Cour de PARIS ?

Cette juridiction, écrivions-nous plus haut, s'est efforcée de soutenir que les droits sociaux du prémourant passaient au survivant, non pas éventuellement et à titre successif, mais en vertu d'un contrat à titre onéreux dont les dispositions demeuraient suspendues jusqu'à la réalisation d'un événement futur et incertain.

Cette conception est non seulement peu claire, mais extrêmement faible; nous avons eu l'occasion d'expliquer, dans la première partie de notre travail que le critère du titre successif était trop étroit pour caractériser le pacte sur succession future; il suffit de se reporter à la formule énoncée par l'arrêt CREMIEUX du 10 janvier 1933 « Toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte constitue un pacte sur succession future ». La clause par laquelle l'associé survivant acquiert les droits sociaux du promettant lors de son décès, et en tant que ces droits figurent dans la succession du prémourant, est un pacte prohibé. Il importe peu que la convention soit à titre gratuit ou à titre onéreux; du fait que le droit du bénéficiaire n'est qu'éventuel et que le bien envisagé est destiné à figurer dans la succession du promettant, le pacte sur succession future est caractérisé. Donc pas plus que celui du Tribunal de la Seine, le raisonnement de la Cour de PARIS ne mérite d'être retenu pour exact.

M. CAPITANT, dans la note publiée au DALLOZ, sous l'arrêt Louis DREYFUS, propose une autre explication. Pour lui la clause s'analyse en une cession de ses droits sociaux faite par le prédécédé, pour une somme fixée forfaitairement, au profit de l'associé survivant, il reprend sur ce point l'argumentation du Tribunal de la Seine. Cette cession de droits s'analyse en une promesse de vente portant sur des biens à venir et prohibée, de ce fait, par l'article 1130 du Code Civil. Les conditions du pacte sur succession future sont, en effet, réunies : la clause est insérée dans une convention, l'acte de société, elle porte sur un bien qui figurera dans la succession du promettant; enfin l'existence du droit du bénéficiaire est éventuelle, puisque subordonnée au prédécès du promettant.

Mais M. CAPITANT, et c'est en cela qu'il s'écarte de la solution proposée par le Tribunal, admet que ce pacte sur succession future est exceptionnellement autorisé par l'article 1868. Les conventions prévues par cet article sont incontestablement, nous pensons l'avoir précédemment démontré, des pactes sur succession future, l'associé fixant par contrat la dévolution d'une fraction de ses biens héréditaires et attribuant aux survivants un droit privatif sur un élément d'une succession non ouverte.

D'après M. CAPITANT, l'article 1868 est un texte autonome, qui se suffit à lui-même et que l'on ne doit pas, sous peine d'erreur, interpréter en fonction du droit commun, c'est-à-dire de l'article 1122. Les rédacteurs du Code Civil ont voulu permettre aux associés de prendre toutes dispositions en vue de la continuation de la société, nonobstant le décès de l'un d'eux. En d'autres termes, le droit commun des obligations n'est pas applicable en matière de société, et par suite, si, en ce domaine spécial, le pacte successoral est autorisé, il n'est pas de raison de refuser aux associés le droit de convenir que la société continuera soit avec tous les héritiers,

soit avec quelques-uns d'entre eux et même de décider que ceux-ci entreraient dans la société en qualité de commanditaires.

M. CAPITANT ajoute en faveur de sa conception qu'elle est par ailleurs socialement utile; que l'intérêt des sociétés de famille est de laisser aux associés le droit d'appeler en leurs lieu et place l'héritier le plus apte à diriger les affaires sociales. Il est désirable, écrit-il, que ces dispositions figurent dans l'acte de société, plutôt que dans un testament, essentiellement révocable. La « faveur » pour les actes de société rappellerait celle que, sous l'Ancien Régime, l'on nourrissait à l'égard des contrats de mariage.

Pour terminer l'étude de la clause litigieuse, que'le appréciation devons-nous formuler de la théorie de M. CAPITANT ?

Elle est peut-être exacte, quoique extrêmement subtile. On comprend mal que l'associé survivant prenne la part du prédécédé et par la suite la rétrocède aux héritiers; cette double transmission paraît étrangère à la volonté des parties.

D'autre part, l'argument qui s'appuie sur le mot héritier écrit au singulier dans le texte de l'article 1868, est fragile comme tous les arguments de pure forme. En réalité « son » héritier est pris au sens collectif, et désigne la succession *in globo*. D'ailleurs cette interprétation risquerait de nous entraîner à rejeter la clause quand elle s'applique à une pluralité d'héritiers.

Il n'est donc nullement certain, en supposant même que l'article 1868 contienne une exception à la prohibition des pactes sur succession future, que l'on puisse en son nom valider la clause de continuation de la société, telle qu'elle se présentait dans l'affaire Louis DREYFUS.

La prohibition des pactes sur succession future est en effet dans l'état actuel du droit français absolument générale; ce qui peut être sujet à discussion, c'est la qualification du pacte prohibé, mais une fois admise cette qualification, le principe de la nullité s'impose. Toute exception à la prohibition doit être interprétée strictement; l'expression « son héritier » est insuffisante pour nous faire admettre que notre clause figure dans le cadre de l'article 1868.

En réalité, cette clause est un pacte sur succession future qu'une application rigoureuse de la loi frapperait de nullité; on peut même estimer que son extension serait à la longue un moyen déguisé de déroger à l'ordre légal des successions et de favoriser excessivement certaines catégories d'héritiers, tout en faisant échec au principe de la réserve en nature (1) mais une jurisprudence prétorienne n'a pas cru devoir prononcer son annulation peut-être pour éviter de graves perturbations dans le fonctionnement normal des sociétés de personnes.

(1) S'il apparaît que l'acte est en partie à titre gratuit.

§ 2. — CLAUSES RELATIVES A LA FIXATION DE LA PART D'UN ASSOCIE PREDECEDE

Les données de ce nouveau problème sont sensiblement analogues à celles de la clause commerciale, précédemment étudiée; la question à résoudre demeure la même : une personne, propriétaire d'un bien quelconque peut-elle valablement convenir avec une autre personne que celle-ci aura, à son décès, la faculté d'acheter à ses héritiers le bien dont s'agit pour un prix dont les éléments et modalités sont suffisamment déterminés par le même contrat ?

Mais cette ressemblance mise à part, les solutions jurisprudentielles de ces deux clauses diffèrent essentiellement; tandis que la Cour de Cassation annule la clause commerciale, elle proclame la validité des clauses d'évaluation. Il paraît donc intéressant de consacrer, sans crainte de nous répéter, quelques développements à cette nouvelle jurisprudence : demandons-nous en quoi consistent ces clauses d'évaluation et quelle est leur nature juridique en doctrine et en jurisprudence.

Sous § 1. — EN QUOI CONSISTENT LES CLAUSES D'EVALUATION

Au cours de la vie sociale, il peut parfois être nécessaire de procéder à l'évaluation de la part d'un associé: par exemple, la société est dissoute par le décès ou le départ d'un associé; ou bien, une stipulation des statuts a prévu la continuation de la société entre les seuls associés survivants, il faut alors verser une indemnité aux héritiers du prédécédé; ou bien encore, la société en nom collectif continue avec tous les héritiers, mais elle se transforme en commandite. Il est encore indispensable de fixer à sa juste valeur la part de commandite.

Ces opérations exigent des calculs compliqués; elles peuvent même entraîner l'arrêt de la vie sociale, la liquidation de la société et peut-être son partage en nature. Les clauses d'évaluation de la part sociale d'un associé prédécédé ont justement pour but d'éviter ce risque de liquidation. Elles sont insérées dans les statuts et se présentent sous deux formes.

En premier lieu, nous rencontrons la clause dite forfaitaire, c'est-à-dire que les héritiers du prédécédé recevront à la place de la part sociale de leur auteur, une somme fixe. Un exemple intéressant de cette clause est fourni par un jugement récent du Tribunal civil de Saint Etienne du 14 octobre 1937 (1) que nous retrouverons par la suite à plusieurs reprises : un sieur ROBERT avait, en 1905, constitué avec sa fille une société en nom collectif pour l'exploitation d'un fonds de commerce de droguerie. Il était prévu dans l'acte constitutif que l'associé survivant jouirait de la faculté de conserver la

(1) Déf. Rép. Périodique — 1938 p. 42.

part du prédécédé moyennant le paiement aux héritiers de la somme de 40.000 fr. Le Tribunal de Saint Etienne refusa d'annuler la clause en se fondant sur l'article 1868 et sur la liberté qu'il convient de laisser aux associés dans le partage de l'actif social.

En second lieu, il peut s'agir d'une clause dite de dernier inventaire permettant de calculer la part du prédécédé sur la base du dernier inventaire effectué avant le décès.

Sous leurs deux aspects, les clauses d'évaluation présentent de graves défauts et contribuent fréquemment à frustrer l'associé d'une fraction de ce qui leur est légitimement dû. Relativement à la clause forfaitaire, il est rare en effet qu'il existe un équilibre parfait entre la valeur exacte de la part sociale et sa valeur apparente; de plus, les bouleversements monétaires de ces dernières années ont entraîné de cruels mécomptes pour les héritiers. Quant à la clause de dernier inventaire, elle n'est pas non plus à l'abri de la critique; il est rare que l'inventaire traduise la situation exacte de la société; les réserves occultes, en particulier, en sont volontairement exclues. Enfin la fraude fiscale, détermine la dissimulation de certaines valeurs par le jeu accéléré de l'amortissement.

Aussi les clauses d'évaluation, quoique fréquemment utilisées en pratique, ont fait l'objet de multiples attaques, soit du chef de lésion, soit du chef de pacte sur succession future.

Sous § 2. — NATURE JURIDIQUE DE CES CLAUSES

La majorité de la doctrine est favorable à la validité des clauses d'évaluation; elle s'appuie sur le grand principe de la liberté des conventions. Aucun texte ne prohibant expressément ces clauses, elles doivent être déclarées licites. Mais ce raisonnement pêche par son caractère superficiel : s'il est exact que le principe de la liberté des conventions plaide en faveur de la validité de ces clauses, ce n'est qu'autant qu'elles ne dérogent pas au principe d'ordre public qu'est celui de la prohibition des pactes sur succession future.

D'autres auteurs prétendent s'appuyer sur l'intérêt social qui, écrivent-ils, doit l'emporter sur l'intérêt individuel des associés. Mais ne peut-on pas objecter qu'en pratique nous assistons plutôt au conflit de deux intérêts individuels, celui des associés survivants et celui des héritiers du prédécédé; il n'est pas de raison majeure de sacrifier le second au premier.

Quelle est maintenant la nature juridique réelle de la clause d'évaluation insérée dans l'acte de société ? Est-elle nulle en vertu de la prohibition des pactes sur succession future ? Pour répondre à cette question, examinons quels sont ses effets, en ce qui concerne les modification qu'elle apporte aux droits des héritiers.

Normalement ceux-ci doivent recevoir en nature les droits sociaux de leur auteur; la société peut être dissoute, sauf les exceptions prévues par l'article 1868, mais les héritiers n'en sont pas moins en droit de réaliser la part sociale par eux recueillie. Par le jeu de la clause, les associés modifient conventionnellement la consistance de cette part sociale; leurs héritiers escomptaient en disposer librement et ils se trouvent à n'avoir plus droit qu'à une

somme d'argent, dont le montant leur est imposé par les statuts. Les associés ont donc conventionnellement modifié la consistance de leur patrimoine, tel qu'il sera au jour de leur décès; ils ont stipulé sur une succession non ouverte et par suite fait un véritable pacte successoral.

Quelques auteurs (1) rejettent cette manière de voir à leurs yeux la clause litigieuse ne serait qu'une stipulation de partage inégal et non pas une convention anticipée sur l'étendue des parts sociales lors du décès d'un associé, mais les héritiers au lieu de recevoir la part de leur auteur en nature, la recevront en argent.

Ce raisonnement n'est, à notre avis, nullement convaincant, car une clause de partage inégal peut fort bien être qualifiée de pacte sur succession future. La jurisprudence, pour déterminer l'existence d'un pacte prohibé ne s'attache pas en effet à la nature de l'acte où il est contenu; peu importe que ce soit un acte de société ou de partage pourvu que l'on soit en présence d'une stipulation modifiant la valeur ou la consistance d'une succession non ouverte. En droit commun; les clauses de partage inégal même fixées forfaitairement sont valables, mais à condition de ne pas être éventuelles, c'est-à-dire de jouer en tout état de cause, et de ne pas être subordonnées à la réalisation d'un événement futur et incertain.

Or, dans notre hypothèse, la clause d'évaluation ne joue que si l'associé, en faveur duquel elle a été rédigée, précède; sinon, on applique l'évaluation propre aux autres associés qui peut ne pas être identique; en résumé, et quoique nous répugnions à employer cette expression, s'agissant de l'existence d'un droit éventuel, le prédécès du promettant joue le rôle de condition.

L'analyse juridique de la clause d'évaluation montre donc qu'elle présente tous les caractères d'un pacte sur succession future; pourtant la jurisprudence, constamment, la déclare valable; sur quels arguments se fonde-t-elle et quelle en est la valeur? Telle est la dernière question qu'il nous reste à étudier avant de terminer l'examen des clauses d'évaluation.

Sous § 3. — L'ATTITUDE ET LA VALEUR DE LA JURISPRUDENCE

Contrairement à ce que pensait la pratique, les tribunaux n'ont pas, en matière de clause d'évaluation, reproduit la jurisprudence sévère, hostile à la clause commerciale. Aussi la Cour de Cassation n'a eu que rarement l'occasion de statuer sur la question; les juridictions inférieures, d'une manière absolument générale, se sont prononcées en faveur de la validité de la clause d'évaluation.

L'arrêt classique fut rendu par la Cour de PARIS dans l'affaire MENIER le 5 décembre 1929 (2); l'acte de société disposait qu'au cas où l'associé prémourant ne laisserait pas d'enfants légitimes, les survivants auraient le droit à toute époque de racheter aux héri-

(1) Journal des Sociétés — 1936 p. 132.

(2) D. P. 1931 — 2 — 4 Note CAPITANT — S. 1930 — 2 — 57 — Note GENY.

tiers la part sociale de leur auteur, à condition de les prévenir à l'avance dans un délai de 6 mois au minimum.

La Cour, pour se refuser à prononcer la nullité de la clause, estime dans ses attendus qu'elle n'a pas pour effet d'attribuer aux associés survivants un droit privatif surtout ou partie de la succession car ce n'est pas à titre successif que ces droits appartiendront aux survivants, mais en vertu d'un contrat à titre onéreux, dont les dispositions demeurent suspendues jusqu'à la réalisation d'un événement futur et incertain. D'autre part la Cour soutient que l'élément successif n'existe pas : ce n'est pas en vertu d'une vocation héréditaire que le bénéficiaire de la clause pourra invoquer l'engagement du promettant, mais par l'effet d'un contrat à titre onéreux.

Cette argumentation ne résiste pas à l'examen; en concluant la promesse susvisée, chaque contractant a eu en vue sa succession à venir; la promesse de vente quoique subordonnée dans sa réalisation à un événement futur et incertain n'est pas conditionnelle, car elle n'entraînera aucune rétroactivité, les survivants ne devenant propriétaires de la part du prédécédé qu'à partir du décès et non de la conclusion du contrat; elle ne fait naître qu'un droit éventuel au profit des associés bénéficiaires. Le défunt n'est pas tenu personnellement, ce sont les héritiers qui sont dans l'obligation de remettre leurs parts aux associés survivants, sans pouvoir prendre place dans la société.

Donc il n'est pas déniale que la clause d'évaluation constitue un pacte sur succession future; aussi la Cour sentant la faiblesse de son argumentation s'est efforcée vainement de démontrer que, même en dérogeant aux principes généraux, la clause était exceptionnellement permise par l'article 1868. En effet, soutient-elle, si ce texte autorise les associés à convenir dans l'acte de société que celle-ci continuera, en cas de prédécès de l'un d'eux, entre les seuls survivants, il doit par cela même — sinon il perdrait toute utilité pratique — les modalités destinées à régler cette option, par exemple, le chiffre de l'indemnité versée aux héritiers et les modes de son paiement.

Mais une telle conception repose sur une fausse interprétation de l'article 1868 qui n'envisage en réalité que la continuation de la société. Le fait de stipuler que la société ne sera pas dissoute par le décès d'un de ses associés n'implique nullement que l'on traite à l'avance sur la part du prédécédé; ce sont là deux domaines qu'il faut essentiellement distinguer; normalement la continuation de la société n'oblige à évaluer la part du prédécédé qu'après le décès, il n'est pas indispensable de prévoir à l'avance cette évaluation. Le véritable but de l'article 1868 est d'éviter que la société soit dissoute de plein droit par le décès d'un des associés; d'épargner aux survivants les frais et les difficultés de la rédaction d'un nouvel acte de société; mais il n'est nullement de valider l'évaluation anticipée de la part sociale du prédécédé et de permettre une lésion apportée aux droits des héritiers.

Plus récemment, dans un arrêt du 28 novembre 1934 (1) la

(1) Journal des Sociétés — 1936 p. 132 également dans un arrêt du 26 juillet 1933 — S. 33 — 1 p. 369.

et son épouse, légataire universelle de la quotité disponible. Il était stipulé dans l'acte de société que l'associé survivant pourrait con- Chamber des Requêtes amenée, mais indirectement, à statuer sur la validité de la clause d'évaluation, à recouru à une nouvelle argumentation. Un sieur RASTOUL était décédé laissant une fille mineure server tout l'avoir social à charge de payer aux héritiers du prédécédé la somme de 9.000 fr. et d'exécuter seul tous les engagements sociaux. On peut d'ailleurs se demander si cette clause était réellement opposable aux créanciers dont le titre avait une date certaine antérieure au décès.

Aucune disposition de la loi ne défend aux associés d'après la Chamber des Requêtes de régler dans les statuts les formes de la liquidation de la société, et les conditions, soit du partage de l'actif, soit de l'abandon de sa totalité aux survivants moyennant le paiement d'une indemnité aux héritiers; cette clause s'applique en fonction de l'article 1122, aux termes duquel on est censé avoir stipulé pour soi ou ses héritiers ou ayants-cause universels. Par suite, la veuve et sa fille n'ont fait qu'exécuter une obligation qui incombait à leur auteur, en vertu d'une convention formelle se rattachant essentiellement au pacte social.

Ce raisonnement présente les mêmes vices que celui de la Cour de PARIS dans l'affaire MENIER et nous jugeons inutile d'insister sur les critiques justifiées qu'il suscite. Quelles que soient les qualifications ingénieuses que l'on puisse attribuer aux clauses d'évaluation, mode de règlement conditionnel fixant différemment la part de chacun des associés suivant qu'il prédécèdera ou survivra, on ne peut nier que ce règlement anticipé porte sur une masse indivise dont l'existence, dans l'esprit des associés est la conséquence de la dissolution de la société par suite de la survenance du décès d'un associé. La clause ne concerne donc que des biens à venir, ou plus exactement en tant que destinés à figurer dans une succession non ouverte.

Les clauses d'évaluation des parts sociales dans les sociétés de personnes constituent donc des pactes sur succession future, quand tout au moins elles envisagent le décès d'un associé. Si la jurisprudence, contrairement à son attitude dans le domaine de la clause commerciale pourtant si voisine, valide ces clauses, c'est qu'elle les estime indispensables à la vie des sociétés, et par suite conformes à l'intérêt général. Mais cette jurisprudence est purement prétorienne et ne saurait, dans l'état actuel des textes, se fonder valablement son opinion sur des arguments d'ordre juridique.

SECTION II — LES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE DANS LES SOCIÉTÉS DE CAPITAL

Ce deuxième aspect du pacte sur succession future dans les actes de société résulte des clauses restrictive de la liberté de négocier le actions, parfois insérées dans les statuts de la société. Ce n'est d'ailleurs que dans ces toutes dernières années que leur annulation a été poursuivie du chef de pacte prohibé.

Etudions dans un premier paragraphe la position du problème et dans un second la nature juridique du droit de préemption étendu aux mutations à cause de mort.

§ 1. — LA POSITION DU PROBLEME

Pour comprendre l'intérêt de la clause de préemption il faut se rappeler que l'*intuitus personae* tend à pénétrer dans la structure des sociétés de capitaux; peut-être est-ce la conséquence de l'abus de la spéculation, toujours est-il que la société peut entendre conserver un caractère familial, s'attacher de véritables associés animés de l'*affectio societatis* et non pas simplement des actionnaires passagers qui considèrent leur titre moins comme une part sociale que comme un prêt avec participation aux bénéfices. Ce caractère est particulièrement développé dans les sociétés par actions à objet politique, où le changement dans la personne des actionnaires peut entraîner le renversement de la majorité de l'assemblée générale et de la politique suivie.

Pour remédier à ces inconvénients, les statuts de ces sociétés stipulent que la cession des actions sera soumise à des formalités : agrément du Conseil d'administration ou possibilité pour lui ou les autres actionnaires de racheter les actions. Ce sont ces clauses qui, en pratique, sont désignées par l'expression clauses de préemption.

Souvent d'ailleurs, il existe, parallèlement à la clause de préemption, une clause d'évaluation de l'action soumise à rachat. Il est en effet nécessaire de fixer à quel prix ce rachat aura lieu : on a songé en pratique à différents systèmes : parfois, la préemption s'exerce à la valeur commerciale de l'action : on peut également calculer le prix d'après le revenu du dernier dividende distribué ou enfin stipuler que le Conseil d'administration fixera lui-même le prix de rachat.

On comprend toute la gêne qui résulte de pareilles clauses pour l'associé désireux de réaliser ses actions, d'autant plus que leur but est de limiter le plus possible le taux des actions; d'autre part le Conseil d'administration peut fixer arbitrairement le prix et l'actionnaire souffrir une lésion.

Aussi, ces clauses de préemption ont été fréquemment attaquées par des actionnaires mécontents du prix fixé par les statuts ou qui leur était offert par le Conseil d'administration : quand le droit de préemption ne s'applique qu'aux mutations entre vifs, on s'efforce de démontrer qu'il heurte le principe de libre négociabilité des actions : nous laisserons ce point de vue entièrement de côté. Mais quand la clause de préemption est étendue aux mutations à cause de mort, on a vu surgir la qualification de pacte sur succession future.

Ces tentatives, toutes récentes, ont d'ailleurs été couronnées d'insuccès. Auparavant, et il suffit pour cela de se reporter à un arrêt de la Cour d'Appel de POITIERS du 4 juillet 1927 (1), la clause

(1) Journal des Sociétés 1928 p. 536 — Note de M. Paul CORDONNIER.

de préemption était représentée par ses adversaires comme constituant une clause léonine et une atteinte au principe de la fixité du capital social. L'article 11 de la Société de FILATURES ET DE TISSAGE de LIGUGE stipulait que toute transmission d'action nominative ou au porteur (1) devait, pour être opposable à la société, être notifiée au Conseil d'administration, lequel pouvait dans le mois de la notification exercer le retrait de l'action moyennant le paiement d'une somme à déterminer chaque année par l'Assemblée Générale. Le Conseil d'administration devait exercer cette prérogative dans le délai d'un mois, sinon il était forclo. Enfin les statuts préoyaient expressément que le rachat pouvait être exercé, non seulement en cas de cession entre vifs, mais encore en cas de décès, de mise en faillite, d'interdiction ou d'incapacité civile de l'actionnaire.

La Cour n'eut pas à statuer sur la question du pacte sur succession mais elle valida la clause qui n'aboutissait pas à une diminution du capital social puisqu'un fonds de réserve spécial avait été créé en vue du rachat éventuel et qui, d'autre part, n'était pas léonine puisque le taux de rachat était établi d'après le dernier bilan, les actions de cette société n'étant pas cotées en Bourse. Enfin la Cour ajoute que les actionnaires sujets à préemption ne sont pas fondés à se plaindre car en acceptant d'entrer dans la société, ils avaient connaissance du risque qu'ils couraient. L'achat d'une action constituait donc une adhésion tacite à toutes les clauses des statuts.

En résumé et sans insister plus longuement, le droit de préemption était, d'après la jurisprudence (2) licite si les conditions du retrait n'avaient pas pour effet de livrer le sort des actions à vendre à l'arbitraire des administrateurs et d'exposer les actionnaires à une véritable spoliation. Mais qu'allait-elle répondre quand la clause fut qualifiée de pacte sur succession future ?

§ 2. — NATURE JURIDIQUE DE LA CLAUSE DE PREEMPTION

La question se posa effectivement à l'occasion de l'affaire dite « du PROGRES DE LA SOMME ». Ce journal politique était organisé en société anonyme. Un article des statuts — l'article 12 — décidait que « la cession des actions ne pourrait s'opérer que par une déclaration de transfert ». De plus, lors de la déclaration susvisée, les actionnaires jouiraient de la possibilité d'exercer le droit de préemption. Le 24 mai 1919 intervint une délibération de l'Assemblée Générale précisant que le droit de préemption s'appliquerait tant aux mutations à titre onéreux qu'à celles à titre gratuit et par la suite une deuxième assemblée générale extraordinaire décida que le droit de préemption appartiendrait à la société et non pas aux actionnaires et qu'il serait exercé sur la base du dividende de l'exercice précédent, capitalisé au taux de 10 %.

Quelques actionnaires ayant poursuivi la nullité des clauses, la

(1) Il se présente d'ailleurs en cette hypothèse des difficultés d'ordre technique.

(2) Cassation — 2 janvier 1924 — Journal des Sociétés — 1925 p. 83.

Cour d'Appel d'AMIENS, par un arrêt du 12 juillet 1929 les déboute de leur demande et la Chambre Civile, le 9 février 1937 (1) rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour.

Quelle fut l'argumentation de la Cour de Cassation ? Les associés, soutient la Chambre Civile, n'ont pas disposé contractuellement et par avance d'actions faisant partie de successions non ouvertes, car l'article 1868 du Code Civil, qui autorise les associés d'une société de personnes à stipuler que la société continuera en cas de décès de l'un d'eux entre les seuls survivants, les autorise par là même à stipuler dans l'acte le mode d'évaluation de la part sociale qu'il précède. Sinon, l'article 1868 perdrait toute utilité pratique; il doit non seulement permettre la continuation de la société mais encore éviter la liquidation de l'actif en vue de la libre évaluation.

Nous doutons pour notre part de la véracité de semblables affirmations, d'autant plus que la Chambre Civile sentant probablement la faiblesse de son argumentation, ne cherche pas à rejeter positivement la qualification de pacte sur succession, mais seulement à se retrancher derrière la protection de l'article 1868. Il est exact que la clause de préemption étendue aux mutations d'actions à cause de mort s'analyse en un pacte prohibé; il suffit de penser, ne fût-ce qu'un instant, à l'analogie certaine existant entre notre clause et la clause commerciale. Dans les deux hypothèses, nous sommes en présence d'un contrat par lequel l'une des parties décide qu'au décès de l'autre, le bien faisant partie de sa succession non encore ouverte sera dévolu suivant telle règle fixée d'avance. Or, dès l'instant du décès du de cujus l'héritier continuateur de la personne du défunt se trouve légalement propriétaire de tous ses biens. Par l'effet de la clause de préemption, les associés ont dérogé à l'ordre légal des successions ils ont concédé à la société un droit privatif sur une fraction de leur succession non ouverte; ils ont à l'égard de leurs héritiers modifié contractuellement la composition de leur actif héréditaire (2).

De plus, en admettant que la clause de préemption constitue un pacte sur succession future, il nous semble difficile de penser qu'elle se trouve exceptionnellement validé par l'article 1868. L'importance de ce texte n'est pas telle qu'il puisse servir de sauvegarde à toutes les stipulations litigieuses contenues dans les actes de sociétés; il n'a nullement pour but de rapprocher ceux-ci du contrat de mariage; il ne s'applique d'ailleurs qu'aux sociétés de personnes et non aux sociétés de capitaux, à peu près inexistantes lors de sa rédaction et ne se conçoit qu'en fonction de l'article 1865 qui prévoit que la société conclue *intuitus personae*, est dissoute par le décès d'un associé. Mais il n'a jamais été question d'appliquer cet article 1865 aux sociétés de capitaux, dans lesquelles le décès d'un actionnaire n'influe aucunement sur la continuation de la vie sociale, et où les ac-

(1) S. 1937 — 1 — 129 — Note H. ROUSSEAU.

D. P. 1937 — 1 — 73 — Note de M. BESSON.

(2) Consulter : Cas. 20 juillet 1936 — Gaz. Pal. 1936 — 2 — 642.

Cas. Requêtes 24 janvier 1934 S. 1935 — 1 — 17 Note ESMEIN.

Cas. Requêtes 20 novembre 1934 G. P. 1934 — 2 — 999.

Amiens — 2 avril 1936 — G. P. 1936 — 2 — 129.

lions possédées par le de cujus sont transmises de plein droit à ses héritiers sans qu'il soit nécessaire — et cela se comprend pratiquement — de recourir à la liquidation et au partage, en vue de procéder à leur évaluation.

La meilleure preuve de la non application de l'article 1868 au droit de préemption à cause de mort est que ce texte prévoit deux clauses essentiellement distinctes, la continuation de la société soit entre les seuls survivants, soit avec les héritiers de l'associé prémourant. Or, il est évident que cette seconde clause n'a de sens que dans une société de personnes, étant donné que par hypothèse la société de capitaux se continue légalement avec les héritiers de l'actionnaire décédé.

C'est donc détourner l'article 1868 de son véritable sens que de lui faire valider des clauses contenues dans les statuts d'une société de capitaux et l'on peut se demander si cet arrêt de la Chambre Civile n'est pas symptomatique de la bienveillance relative que la Cour Suprême a manifestée, ces toutes dernières années, à l'égard des conventions qualifiées de pactes sur succession future. Nous retrouverons cette jurisprudence, mais qu'il nous suffise pour l'instant de constater que la clause litigieuse est nettement préjudiciable aux héritiers et qu'elle ne présente même pas les mérites de la clause commerciale. Elle leur interdit en effet de participer aux bénéfices escomptés par leur auteur dans l'acquisition d'actions appartenant à une société prospère; elle les oblige à n'accepter en échange qu'un prix souvent dérisoire et qui laisse libre cours à l'arbitraire ou au favoritisme. Enfin, il n'est peut-être pas désirable de permettre au moyen de la clause de préemption de concentrer la majorité des actions entre les mains de quelques associés ou du Conseil d'administration, l'action de l'Assemblée Générale perdant dès lors toute raison d'être.

Nous estimons donc, pour conclure l'étude des pactes sur succession future contenus dans les actes de société, que la clause de préemption, tout au moins dans la mesure où elle est étendue aux mutations d'actions à cause de mort doit être qualifiée de pacte sur succession future et déclarée nulle comme telle, ceci tout au moins dans le cadre de la technique juridique. C'est un autre problème de juger de leur validité dans le plan de l'opportunité car en raison de l'habitude de plus en plus répandue d'acheter ou même de souscrire des actions à titre spéculatif pour les revendre immédiatement, il est inéluctable que la notion d'*intuitus personae*, propre en principe aux seules sociétés de personnes, finisse par pénétrer dans la structure des sociétés de capitaux. Cet *intuitus personae* a normalement pour conséquence l'extension du droit de préemption aux mutations d'actions à cause de mort de manière à préserver la société de l'intrusion d'étrangers, hostiles à la gestion du Conseil d'administration.

Mais il demeure choquant, en présence de la prohibition absolument générale de l'article 1130 de déclarer ces clauses licites, et nous en revenons à l'idée qui doit servir de trame à la conclusion d'une étude des pactes sur succession future en droit moderne : la nécessité de pratiquer une réforme de notre législation.

CHAPITRE III

LA PROMESSE DE VENTE RÉALISABLE LORS DU DÉCÈS DU PROMETTANT

Nous venons de voir dans les chapitres précédents que la doctrine française s'accorde dans l'ensemble pour admettre que rien ne s'oppose à ce qu'un contractant retarde à son décès l'exigibilité de son engagement, de façon à en charger définitivement ses héritiers pourvu qu'il soit lié originairement lui-même, et que son obligation figure dans sa succession. Cette conception tend à distinguer la stipulation *post mortem promittentis* valable, du pacte sur succession future, frappé de nullité absolue et nous avons insisté sur les efforts de la doctrine pour valider la clause commerciale au nom de cette distinction.

Nous allons retrouver dans le cours de ce chapitre une application de la stipulation *post mortem*, à l'occasion de la promesse de vente réalisable lors du décès du bailleur; toute la discussion se résume dans la détermination de l'influence de ce décès sur le mécanisme du contrat, aussi nous faudra-t-il étudier dans une première section l'hypothèse où le délai d'option court pendant le bail et se prolonge après le décès du bailleur, et dans une seconde, celle où le délai court seulement à partir de ce décès.

SECTION I — LE DÉLAI D'OPTION COURT PENDANT LE BAIL ET SE PROLONGE APRÈS LE DÉCÈS DU BAILLEUR

La promesse de vente est en général connexe à un contrat de bail; le bailleur s'engageant à permettre au preneur d'acheter l'immeuble loué pendant la durée d'un délai fixé entre les parties; par la promesse de vente, le bénéficiaire n'acquiert pas un droit réel sur l'immeuble, mais devient créancier du promettant qui s'interdit,

pendant tout l'écoulement du délai, de vendre à un tiers l'objet de la promesse de vente. Le cas échéant, l'action paulienne peut sanctionner ce droit du bénéficiaire.

Il n'est pas en principe interdit de stipuler que le décès d'une personne constituera le terme ou la condition d'une obligation, mais il faut que ce décès ne détermine que l'exigibilité du droit du bénéficiaire et non pas sa naissance, sinon la promesse de vente est en réalité un pacte sur succession future, car elle ne s'applique en réalité qu'aux seuls héritiers du promettant; elle n'est même pas une charge de la succession, elle est une obligation spéciale aux héritiers, qui n'incombait pas à leur auteur. Pour nous résumer, la validité de la promesse de vente est soumise à la naissance immédiate du droit conféré au bénéficiaire; l'exigibilité de ce droit peut être retardée jusqu'au décès du promettant, mais il est nécessaire que dès son vivant, celui-ci soit tenu personnellement.

Un arrêt de la Cour d'Appel de PAU (1) illustre clairement cette conception; il s'agissait de la clause d'un bail consenti par un père à l'un de ses enfants, aux termes de laquelle le preneur obtenait la faculté d'acquérir l'immeuble loué pendant la durée du bail, et au plus tard dans les 5 années qui suivraient la mort du bailleur. Le délai courait donc normalement pendant la vie du bailleur, mais le décès de celui-ci n'interdisait pas au bénéficiaire le droit de lever l'option.

Les héritiers réservataires du bailleur avaient, devant le tribunal, soutenu que la clause était nulle comme constituant une libéralité déguisée; ayant été déboutés de ce chef, l'article 911 n'interdisant le déguisement que dans la mesure où il a pour but de dissimuler une incapacité de recevoir, les héritiers attaquent la promesse de vente sous la qualification de pacte sur succession future.

La Cour de PAU, à juste titre, rejette cet argument, les conditions du pacte sur succession future n'étant pas en l'espèce réunies. Sans doute, la promesse se présente sous la forme d'une convention, mais l'élément successoral et surtout l'élément éventuel en sont exclus; elle produit immédiatement des effets, le droit du bénéficiaire porte sur un bien figurant dans le patrimoine du promettant et ce n'est qu'accessoirement que ce bien entrera dans la composition d'une succession à venir. D'autre part, le bénéficiaire acquiert du fait de la promesse plus qu'une simple espérance, un droit éventuel, soumis à un événement futur et incertain, mais un droit de créance immédiat, pourvu de sanctions juridiques positives, dont l'exigibilité est repoussée jusqu'au décès du bailleur. Celui-ci se trouve obligé; son obligation peut être transmise à ses héritiers, mais dès son vivant il est lié par son engagement; il ne peut, sous peine de dommages-intérêts, aliéner le bien sur lequel porte la promesse de vente.

Un autre exemple de promesse de vente réalisable après décès résulte d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 1^{er} juin 1932 (2). Dans cette espèce, le de cujus avait consenti à son héritier une promesse de vente portant sur le mobilier d'un château et d'un hôtel.

1. (1) 27 janvier 1932 — S. 32-2-126.

2. (2) Req. 1^{er} juin 1932 — Gaz. Pal. 1932 — 2 — 413.

Le pourvoi soutenait que l'opération était en réalité, sous l'aspect d'une stipulation *post mortem*, une donation à cause de mort, c'est-à-dire un pacte sur succession future. La Chambre des Requêtes rejeta ce moyen, la promesse de vente ayant été stipulée, d'après les constatations souveraines des juges du fond, réalisable, et en fait elle l'avait été pour partie avant le décès du promettant.

Donc, d'après la jurisprudence, la promesse de vente seule, ou connexe à un contrat de bail, est valable si le décès du promettant est envisagé à titre de terme, en tant que mode de fixation d'un délai dont le point de départ est antérieur à ce décès. Le droit engendré par la promesse peut être ainsi exercé dès le vivant du promettant et le décès a seulement pour effet de limiter à une durée variable — de cinq ans dans l'affaire jugée par la Cour de Pau — l'exercice de la faculté accordée au bénéficiaire d'user du droit d'option à lui conféré.

SECTION II — LE DÉLAI COURT SEULEMENT APRÈS LE DÉCÈS DU BAILLEUR

La promesse de vente constitue alors un pacte sur succession future et se trouve trappée de nullité absolue; le décès du bailleur n'est plus alors envisagé en tant que mode de fixation d'un délai déjà en cours, mais en tant que fait générateur du droit du bénéficiaire. La clause présente alors un caractère aléatoire; le bailleur n'est pas personnellement obligé et seuls ses héritiers seront tenus d'exécuter l'obligation, si, tout au moins, l'objet de la promesse de vente se retrouve en nature dans la succession. Durant toute l'existence du promettant, le bénéficiaire n'acquiert qu'un droit éventuel, une simple espérance.

Nous reconnaissons d'ailleurs que la distinction préconisée par la jurisprudence est particulièrement délicate; elle est avant tout une question de fait; il faut étudier l'intention des parties, rechercher si le promettant a entendu se lier dès son vivant, ou n'engager que sa seule succession. Il est également indispensable de s'attacher à des cas concrets.

Par exemple, dans une affaire soumise à la Chambre des Requêtes et qui a fait l'objet d'un arrêt du 4 décembre 1935 (1) une dame RABIN avait donné en bail pour 3, 6 ou 9 ans, deux immeubles qu'elle possédait à AGEN. Il était stipulé dans l'acte que la preneuse, la dame VERDINELLE, aurait le droit d'acheter les deux maisons après le décès de la bailleuse, moyennant le versement, dans le délai de 6 mois d'une somme de 20.000 fr. à ses héritiers.

La dame RABIN, ne s'estimant pas engagée par une promesse de vente dont les effets ne prendraient naissance qu'après son décès, aliène ses immeubles au profit d'un tiers. La dame VERDINELLE demande en justice la révocation de cette aliénation comme faite en fraude de ses droits. Elle est déboutée; la promesse est un pacte sur

(1) S. 1936 — 1 p. 47.

succession et n'engendre par suite aucune obligation. La Cour ajoute d'autre part que le bail est atteint par la nullité, car il ne constituait qu'un accessoire de la promesse, dont elle était la raison d'être. La volonté des parties s'était en résumé portée plus sur la promesse que sur le bail.

On conçoit aisément combien, dans la pratique, l'application des enseignements de cette jurisprudence est délicate. En principe l'impossibilité de lever l'option durant la vie du promettant révèle l'existence d'un pacte sur succession future, car dans cette hypothèse, les héritiers sont seuls obligés. La promesse de vente est alors identique à la clause commerciale. Mais cette affirmation ne nous semble pas toujours répondre à l'intention réelle des parties, car tout en retardant à son décès l'exigibilité du droit du bénéficiaire, le promettant a pu néanmoins vouloir s'engager et s'interdire de disposer de l'objet de la clause. Le bénéficiaire acquerrait alors un droit immédiat et non éventuel dont la sanction pourrait se traduire par l'exercice de l'action paulienne ou la déchéance du terme.

Donc la distinction préconisée par la jurisprudence et à laquelle nous venons de consacrer ces brèves explications est trop brutale et doit être assouplie par la recherche de l'intention des parties. C'est là le seul moyen pour le juge de discerner si l'obligation résultant de la promesse de vente incombe au promettant ou à ses seuls héritiers.

Il nous reste maintenant à examiner une question que nous avons rattachée à la promesse de vente réalisable après le décès du promettant, car le décès d'une des parties figure en qualité de terme d'une obligation, nous faisons allusion à la clause d'inaliénabilité viagère stipulée dans une convention intervenue entre successibles.

SECTION III — LA CAUSE D'INALIÉNABILITÉ VIAGÈRE STIPULÉE DANS UNE CONVENTION INTERVENUE ENTRE SUCCESSIBLES

Le pacte sur succession future implique normalement un accord de volontés emportant soit transmission ou abandon de biens ou de droits qui doivent ultérieurement dépendre d'une succession non ouverte, soit l'acceptation d'une charge comme contrepartie d'un droit héréditaire (1). La condition *sine qua non* du pacte sur succession future est une modification apportée aux éléments de la succession envisagée, quant à sa composition ou à sa dévolution.

Mais dans une convention quelconque, le décès d'un des co-contractants peut être uniquement envisagé comme la date à laquelle une obligation doit s'exécuter, c'était l'hypothèse de la promesse de vente précédemment étudiée, ou prendre fin, c'est le cas de la

(1) Nous empruntons cette définition à MM. PLANIOL et RIPERT — *Traité Pratique de Droit Civil* — T. VI par ESMEIN — 246.

présente clause, sans que cette convention affecte les biens qui figurent dans la succession à venir. Il faut donc — et nous revenons toujours à cette idée — que les effets du contrat prennent naissance après le décès du promettant.

Une dame LEPANT — nous empruntons cet exemple à un jugement du Tribunal Civil de Mayenne du 26 novembre 1936 — (1), était décédée laissant son époux commun en biens et pour héritier son fils. Par acte sous seing privé, intervenu postérieurement à l'ouverture de la succession et de ce chef exclusif de toute idée de pacte sur succession future, celui-ci abandonne à son père la totalité de sa part de succession moyennant le versement d'un prix fixé entre les parties; il était d'autre part stipulé qu'au cas où le père se remarierait, il verserait à son fils la somme forfaitaire de 110.000 fr. Il était enfin stipulé dans l'acte de cession qu'une maison de maître comprise dans les biens cédés ne pourrait être aliénée durant la vie du cessionnaire.

Effectivement, M. LEPANT s'étant remarié, son fils mécontent regretta son geste et soutint en justice que du fait de la clause d'inaliénabilité, la cession s'analysait en un pacte sur succession future, mais fut à juste raison débouté de sa demande. Dans le jugement précité, le tribunal de Mayenne tout en reconnaissant que la clause d'inaliénabilité est contraire à l'ordre public, puisque perpétuelle (2), refuse de suivre le demandeur sur le plan du pacte successoral. A l'en croire, le pacte prohibé n'est constitué que lorsqu'il vise l'universalité ou une quote-part de la succession à venir. Nous avons, dans la première partie de notre thèse, critiqué cette conception; même si elle porte sur un bien déterminé la convention a le caractère de pacte sur succession future dès qu'elle a pour conséquence de modifier la dévolution héréditaire de ce bien. L'exemple-type est la clause commerciale, qui, par définition, ne concerne qu'un élément du patrimoine du promettant et n'en est pas moins déclarée nulle par la Cour de Cassation.

Mais le Tribunal, soucieux de motiver solidement son jugement ajoute un second motif, celui-ci plus sérieux et plus profond. Il objecte au demandeur que l'élément successoral du pacte prohibé n'est pas réalisé en l'espèce, étant donné que la prohibition d'aliéner, limitée à la vie du père, ne constitue qu'un terme, un délai fixé à l'effet de la clause, sans engager les droits éventuels du fils dans la succession de son père. En effet, du jour de l'ouverture de la succession, la clause d'inaliénabilité disparaît; le bien sur lequel elle portait parvient donc libre de charges entre les mains de l'héritier qui peut immédiatement en disposer à son gré; la succession n'est donc pas modifiée dans sa composition; la dévolution héréditaire de l'immeuble soumis à la clause d'inaliénabilité demeure également inchangée et les héritiers ne sont tenus d'aucune obligation à laquelle le *de cujus* n'était pas lui-même engagé.

Telle nous apparaît la clause d'inaliénabilité limitée à la vie de l'acquéreur, elle n'est pas un pacte sur succession future car elle

(1) Déf. Périodique — 1937 p. 681.

(2) La jurisprudence admet en effet la perpétuité d'une clause d'inaliénabilité quand elle est étendue à toute l'existence de l'acquéreur.

ne tend pas à créer un droit privatif sur une hérédité à venir; elle n'entraîne d'obligations qu'à la charge de l'acquéreur, mais les héritiers trouvent le bien libre dans la succession de leur auteur. Elle ne présente donc des conditions du pacte prohibé, ni l'élément successoral, ni l'élément éventuel. Aussi on comprend aisément que la présente tentative soit demeurée isolée.

Cependant, elle était utile à préciser, car elle témoigne d'une tendance à élargir démesurément la notion de pacte sur succession future, tendance principalement provoquée par l'arrêt de Cassation du 11 janvier 1933 et contre laquelle heureusement la jurisprudence entreprend de réagir.

CHAPITRE IV

LA CLAUSE D'ACCROISSEMENT

Nous avons raccourci volontairement, *brevitatis causa*, ce titre de chapitre qui, pour être exact, devrait s'intituler : « l'Achat en commun d'un immeuble indivis avec clause d'accroissement au profit du survivant des acquéreurs ». Mais l'expression clause d'accroissement est actuellement consacrée par la terminologie juridique, absolument comme la clause commerciale désigne la clause de conservation par l'époux survivant du fonds de commerce propre au prédécédé.

La clause d'accroissement a suscité une jurisprudence contradictoire; les décisions de justice statuant à son égard ne sont pas nombreuses, mais ont provoqué d'innombrables controverses doctrinales. Tandis que la Cour de Cassation la déclarait nulle en vertu de la prohibition des pactes sur succession future, des arrêts de la Cour d'Appel proclamaient sa validité. Cette divergence d'interprétation s'explique facilement si l'on prend le soin d'examiner attentivement la nature des clauses qui furent soumises à la jurisprudence; cette nature n'est pas en effet constante. Il est une hypothèse où le pacte sur succession future est quelque peu voilé par l'existence d'une condition résolutoire, si bien que la mise en lumière de cette distinction permet dès maintenant de discerner quelle serait l'attitude de la Cour de Cassation au cas où la clause d'accroissement ferait de nouveau l'objet d'un pourvoi.

Nous diviserons le présent chapitre en quatre sections respectivement consacrées à un aperçu historique et critique de la clause, à la clause d'accroissement pure et simple, à la clause d'accroissement affectée d'une condition résolutoire et à l'admission en sur-nombre de nouveaux participants.

SECTION I — APERÇU HISTORIQUE ET CRITIQUE DE LA CLAUSE

§ 1. — ORIGINE (1)

La Clause d'accroissement est extrêmement ancienne et son existence est révélée dès l'Ancien Droit par les formulaires de la pratique notariale. Présentant quelque analogie avec la société tontinière, elle servit à réaliser la première forme de l'assurance sur la vie. D'autre part elle correspondait aux tendances communautaires de l'Ancien Régime, en favorisant les sociétés taisibles, en évitant le partage et le morcellement du bien et en permettant aux survivants de bénéficier seuls des avantages retirés de l'acquisition.

Mais il semble que dans l'Ancien Droit, la véritable raison du développement de la clause d'accroissement ait été le désir d'apporter un palliatif à la rigueur avec laquelle les coutumes prohibaient les donations entre époux. Seul était en effet permis le don mutuel qui ne pouvait d'ailleurs porter que sur l'usufruit des meubles et conquêtes de la communauté, et n'était possible qu'à défaut d'enfants (2).

La clause d'accroissement apparaissait donc en pratique comme un moyen de gratifier indirectement l'époux survivant, aussi la réversion de propriété se développa-t-elle dans quelques coutumes, celle de Cambrésis (Titre VII — article 29) ; celle d'Artois (article 120), qui admettaient que le mari commun pouvait « conditionner un héritage », c'est-à-dire un immeuble, stipuler « en faisant quelque acquêt que ce sera pour lui et sa femme le dernier vivant tout tenant ». Dans les régions de Metz et de Lyon les juridictions étaient favorables à cette opération et dans son Répertoire de Jurisprudence, MERLIN écrit que dès cette époque, on reconnaissait à la clause un caractère aléatoire, ce qui justifierait que fréquemment, on l'ait confondu avec la tontine.

§ 2. — INTERETS ET INCONVENIENTS DE LA CLAUSE D'ACCROISSEMENT

Il serait vain de prétendre transposer à l'époque moderne les intérêts que nous venons de décrire. Actuellement, l'assurance sur la vie a pris une forme autonome ; il n'est plus nécessaire de recourir à des expédients pour la réaliser ; elle est une institution *sui generis*. D'autre part, les idées communautaires ne sont plus qu'une survivance du passé et si la notion de propriété collective a parfois

(1) Paul J. DURAND — De l'acquisition d'un immeuble en commun avec clause d'accroissement au profit du survivant — Revue critique — 1934.

(2) R. DAVRON — Etude historique des donations mutuelles entre époux dans l'Ancien Droit Français — Thèse — PARIS 1932.

été prônée, elle ne prétend pas s'établir dans le cadre familial, mais dans le cadre social.

Quant à la prohibition des donations entre époux, elle a également disparu. Le Code Civil est au contraire favorable à ce genre de libéralités, et à ces fins, a institué une quotité disponible spéciale entre époux.

Il faut donc rechercher ailleurs que dans l'histoire les intérêts présentés par la clause d'accroissement dans notre droit positif. Si nous rappelons que le plus souvent cette clause est le complément d'une institution charitable, qui, par nature, doit se perpétuer, on comprend que les co-acquéreurs de l'immeuble recherchent un moyen d'en prolonger la jouissance. Les indivisaires désirent alors éviter un partage susceptible de faire naître des difficultés avec les héritiers du prémourant, d'entraîner la disparition de l'état communautaire et de l'institution charitable.

Un autre intérêt réside dans l'espérance, nourrie par chaque co-acquéreur de devenir un jour le seul propriétaire de la totalité de l'immeuble. Cette espérance existera particulièrement au cas où les acquéreurs sont sensiblement d'âge égal. L'opération est aléatoire et présente un risque de perte, qu'un risque de gain peut compenser. Enfin les indivisaires peuvent préférer transmettre leur part dans l'immeuble à leurs co-acquéreurs plutôt qu'à leurs héritiers; cette intention libérale sera fréquente au cas d'acquisition faite par des époux avec clause d'accroissement au profit du survivant. On peut ajouter d'ailleurs que les co-acquéreurs obéissent en général à une pensée égoïste : ils sacrifient l'intérêt de leurs héritiers à une chance personnelle de gain.

Il faut, à ce point de vue, reconnaître que le caractère aléatoire de la clause est une source d'inconvénients à la fois pour les créanciers et pour les héritiers des co-acquéreurs. Les créanciers, en effet, se voient opposer la convention d'indivision et d'autre part l'article 2205 leur interdit de saisir la part indivise de leur débiteur; ils doivent en principe attendre le partage; mais si celui-ci ne peut tarder dans une indivision ordinaire, à raison du principe formulé par l'article 815, il en est tout différemment dans notre exemple où l'indivision ne tend pas au partage mais à la consolidation de la propriété de tout l'immeuble sur la tête du dernier survivant. Les créanciers, démunis du droit de se substituer à leur débiteur insolvable pour demander le partage n'ont que la ressource d'intenter l'action paulienne, non pas contre l'acte d'acquisition qui ne réalise pas un appauvrissement, mais contre la clause d'accroissement elle-même.

Quant aux héritiers des co-acquéreurs, même réservataires, ils ne sont pas protégés contre les dangers résultant pour eux du jeu de la clause, tout au moins si l'on considère avec la jurisprudence qu'elle est un acte à titre onéreux.

Enfin, il se pose une question d'ordre fiscal. Indépendamment du droit de mutation perçu lors du transfert originaire aux co-acquéreurs, un nouveau droit est-il exigible lors de la réversion ? Est-ce un droit de mutation à titre onéreux ? Ou un droit de mutation à cause de mort ? Il est permis d'hésiter; seule l'analyse juridique de la clause est susceptible de résoudre ce problème.

Ce rapide examen de la clause d'accroissement laisse donc apparaître à sa charge des inconvénients incontestables; en pratique elle suscite de nombreux procès; les héritiers des co-acquéreurs seront

naturellement porté à la critiquer, à l'assimiler à une libéralité déguisée.

§ 3. — LES DEUX FORMES DE LA CLAUSE D'ACCROISSEMENT

L'existence d'une dualité de clauses d'accroissement est la source d'une divergence jurisprudentielle; aussi, il est indispensable avant d'envisager la question au fond, de préciser sous quelles formes la clause se présente en pratique.

La forme normale et la plus ancienne se présente de la manière suivante: lors des décès successifs des acquéreurs, les parts des prédécédés dans les biens communs devront revenir aux survivants, de sorte que le dernier d'entre eux sera propriétaire de la totalité. Dans cette première forme, la part du prédécédé est transmise aux survivants.

Mais la clause d'accroissement peut se présenter sous une seconde forme; elle est alors affectée d'une condition résolutoire: il est convenu à titre de clause aléatoire que les premiers mourants seront considérés comme n'ayant jamais eu droit à la propriété de l'immeuble acquis et que celle-ci résidera uniquement sur la tête du survivant. Ce survivant devra être considéré comme unique et incommutable propriétaire du bien, comme s'il l'avait toujours possédé. Sous cette seconde forme, la clause se présente sous l'aspect d'une fiction: on applique le mécanisme de la condition et le jeu de la rétroactivité du droit du survivant. Il n'existe plus comme dans le cas précédent de transmission de l'acquéreur prédécédé au survivant, mais le droit du prédécédé s'efface rétroactivement, laissant subsister celui du seul survivant.

La jurisprudence annule la clause d'accroissement lorsqu'elle implique l'idée de transmission héréditaire; elle soutient qu'elle constitue alors un pacte sur succession future; au contraire, elle la valide au cas de disparition rétroactive du droit du prémourant. A quoi correspond cette différence d'interprétation et comment s'explique-t-elle? La réponse à cette question fera l'objet des développements qui vont suivre.

SECTION II — LA CLAUSE D'ACCROISSEMENT PURE ET SIMPLE

Demandons-nous comment la Cour de Cassation a été amenée à statuer sur cette clause et quelle en est la nature juridique exacte.

§ 1. — L'ARRET DU 24 JANVIER 1928

Deux mineurs, les sieurs PATIENT et CAVALIER avaient épousé les sœurs MARTY. En 1912, les deux ménages décidèrent d'acheter

un domaine rural sur lequel ils devaient s'installer; mais la clause d'achat contenait la stipulation suivante : « Tous les quatre à ce présent et acceptant et déclarant faire la présente acquisition indivisément et en commun avec clause d'accroissement au profit des survivants de telle façon que lors des décès successifs des acquéreurs, les parts des prédécédés dans le bien commun devront revenir aux survivants et que le dernier de ceux-ci sera propriétaire exclusif de la totalité ».

Mais en 1922 la mésentente éclata entre les acquéreurs, et les époux CAVALIER-MARTY qui, demeurés étrangers à l'organisation pratique de l'indivision, œuvre des époux PATIENT-MARTY, assignèrent leurs co-acquéreurs en partages des biens acquis en commun. Le Tribunal de MOISSAC par jugement du 15 décembre 1922 leur donna satisfaction attribuant à l'acte de 1912 le caractère d'un contrat de société et déclarant que l'article 1871 du Code Civil qui autorise la dissolution de la société de personnes en cas de désaccord grave entre les associés, disposition qui n'est qu'une des conséquences de l'*intuitus personae*. La liquidation et le partage de l'immeuble sont donc ordonnés. Cette décision fut, pour les mêmes motifs, confirmée par la Cour de TOULOUSE dans un arrêt du 4 décembre 1924.

La Chambre des Requêtes, saisie du pourvoi formé à la suite de cet arrêt le rejeta et maintint les solutions précédentes. Mais au lieu d'analyser la clause d'accroissement en une société, elle soutint qu'elle constituait un pacte sur succession future. Le résultat était d'ailleurs pratiquement le même, car dans les deux hypothèses, les demandeurs étaient fondés à réclamer le partage en justice, mais tandis que dans la première interprétation la demande de partage s'appuyait sur l'article 1871, dans la seconde elle invoquait l'article 815, la nullité de la clause laissant subsister une indivision ordinaire.

Comment la Chambre des Requêtes (1) a-t-elle été amenée à cette qualification nouvelle, qu'aucune des juridictions inférieures n'avaient envisagée ? Le Conseiller CELICE explique dans son rapport que la clause s'analyse en une institution contractuelle réciproque, chacun des co-contractants disposant pour le temps où il ne serait plus d'une fraction de sa succession représentant sa part dans le domaine indivis et les bénéfices que l'exploitation du domaine serait susceptible de procurer.

D'autre part, l'arrêt estime que la clause réalise une renonciation réciproque à un droit de succession puisque cette clause est pour partie intervenue entre époux. L'époux a, en effet, en vertu de la loi, un droit éventuel d'usufruit sur la succession de son conjoint. Or il se trouve renoncer à ce droit puisqu'il est stipulé d'un commun accord que la part entière du prédécédé accroîtra au survivant, qui ne sera pas nécessairement cet époux. S'il s'agissait d'ailleurs de la clause d'un contrat de mariage visant la dévolution d'un bien commun, elle serait valable en vertu des articles 1515 et suivants du Code Civil et s'analyserait en un avantage matrimonial.

(1) Arrêt du 24 janvier 1928 — D. 1928 — 1 — 157 — Rapport du Conseiller CELICE S. 1929 — 1 — 1937 — Note VIALLETON.

Mais quoique portant sur un bien commun, la clause n'est pas en l'occurrence insérée dans le contrat de mariage des parties; elle se présente sous la forme d'un acte intervenu postérieurement et aboutit par là à créer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte et ne peut plus jouir de la faveur dont le législateur témoigne à l'égard du contrat de mariage.

Donc d'après la Cour de Cassation la clause d'accroissement est à double titre un pacte sur succession future; elle s'analyse en une institution contractuelle réciproque, interdite par la loi, où chacun des contractants dispose par avance d'une part de sa succession à venir et en second lieu, elle dissimule une renonciation à un droit héréditaire dont la naissance n'aura lieu qu'à l'ouverture de la succession du de cujus, également prohibée.

Mais cette conception peut paraître sévère, car il n'est pas certain que l'intention des parties ait été celle que leur attribue la Cour de Cassation; il ne semble pas, à la lecture de l'acte, qu'elles aient entendu conclure un pacte successoral, mais plutôt un contrat aléatoire, dont le but principal est d'éviter un partage du domaine qui rendrait impossible la continuation de l'œuvre entreprise. En résumé, les parties se sont plus attachées au résultat de leur acte qu'au mécanisme qu'il nécessitait; il nous faut donc étudier de près que¹ est ce mécanisme, car la licéité du but poursuivi ne saurait justifier l'emploi de conventions formellement prohibées par le droit positif.

§ 2. — NATURE JURIDIQUE DE LA CLAUSE D'ACCROISSEMENT PURE ET SIMPLE

L'imprécision involontaire de la clause d'accroissement telle qu'elle était rédigée dans l'acte d'achat du 5 avril 1912 a été la source de nombreuses controverses doctrinales; la majorité des auteurs s'est montrée favorable à la thèse de la validité. Mais les arguments mis en avant ont été des plus variés.

Les auteurs ont généralement basé leur conception sur l'article 1157 du Code Civil aux termes duquel : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ». Il semble en effet que ce texte est applicable en l'espèce; la clause est obscure, l'expression « revenir aux survivants » manque de précision; en un mot les parties ont eu en vue moins le mécanisme juridique de la clause que ses résultats pratiques. C'est donc un devoir pour le juge de s'efforcer de découvrir une qualification appropriée qui, sans dénaturer la convention puisse faire admettre sa validité.

On pouvait hésiter entre deux qualifications: celle d'acte à titre gratuit et celle d'acte à titre onéreux, mais cette discrimination ne suffit pas; il nous faut encore déterminer si dans le cadre de l'acte à titre onéreux, la clause constitue un pacte sur succession future.

1°. — EST-CE UN ACTE A TITRE ONEREUX OU UN ACTE A TITRE GRATUIT ?

Devant la Cour d'Appel de Toulouse, les défenseurs soutinrent, en s'appuyant sur une consultation de M. CÉZAR-BRU, que la clause s'analysait en un acte à titre gratuit. Cette consultation fut d'ailleurs reproduite dans le pourvoi. L'opération d'après cette thèse, réalise une donation éventuelle de sa part, par chacun des co-acquéreurs au profit du survivant éventuel. Cette donation est soumise à deux conditions, l'une suspensive, l'autre résolutoire. Chaque co-acquéreur est propriétaire de sa part sous la condition résolutoire de son propre prédécès et de la totalité de l'immeuble sous la condition suspensive du prédécès des autres indivisaires. Quant à l'*animus donandi*, il résulte du fait que par la signature de la convention, le co-acquéreur accepte, au cas où la condition suspensive viendrait à se réaliser, à faire abandon de sa part aux survivants, sans exiger en échange une contre-partie. Or la donation est irrévocable et cette irrévocabilité interdit le partage qui porterait indirectement atteinte à la règle « donner et retenir ne vaut ».

Cette interprétation ne résiste pas à l'épreuve de la critique: il suffit d'analyser l'intention des parties pour se persuader de son caractère artificiel. Le but même de la clause exclut l'*animus donandi* qui ne peut être mitigé chez le donateur de l'espérance de retirer un bénéfice de la libéralité. Lors de la conclusion de la clause, chaque co-acquéreur a en vue son propre intérêt, il nourrit l'espérance de réunir sur sa tête la totalité de l'immeuble. S'il court un risque de perte, une chance de gain peut venir le compenser.

Mais nous reconnaissons qu'il est des cas où l'intention libérale peut ne pas être exclue, par exemple quand la clause n'est pas établie pour tous les acquéreurs, c'est-à-dire si certains propriétaires n'ont pas droit à l'accroissement. Dans cette hypothèse, un ou plusieurs des co-acquéreurs accepte de se dépouiller de sa part dans l'immeuble sans espoir de contre-partie, puisque la clause n'est pas prévue en sa faveur. Même si ce co-acquéreur survit, l'accroissement n'aura pas lieu à son profit, la propriété de l'immeuble demeurant aux héritiers du dernier indivisaire en droit de se prévaloir de la clause d'accroissement, et il est inutile de préciser que s'il prédécède, sa part dans l'immeuble accroîtra aux survivants. Donc quel que soit l'ordre des décès, ce co-acquéreur accepte de se dépouiller gratuitement d'un élément de son patrimoine: le contrat à son égard n'est nullement aléatoire: puisqu'il comporte non pas seulement un risque mais une certitude de perte.

En dehors de ce cas spécial, est-il d'autres hypothèses où la clause présente un caractère gratuit ?

La jurisprudence tend à considérer que l'existence d'une clause d'accroissement entre époux fait présumer l'intention libérale: c'est peut-être en souvenir de l'époque où la clause servait de palliatif à la prohibition des donations entre époux. Enfin les juges conservent le droit, par leur interprétation souveraine de l'intention des parties, de déclarer qu'en l'absence de tout indice matériel, l'existence de l'*animus donandi* est expresse ou implicite.

Donc, la clause d'accroissement ne peut être qu'un contrat à titre onéreux; son contrat est aléatoire, c'est-à-dire que chaque contractant accepte d'abandonner un avantage conditionnel en échange d'un avantage identique, à lui consenti par les autres. Mais cette qualification admise, l'acte tombe-t-il sous la prohibition des pactes sur succession future ?

2°. — QUELLE EST LA NATURE DU CONTRAT A TITRE ONEREUX ?

Les auteurs ont proposé plusieurs solutions qui, toutes, sont séduisantes, mais qui, pour la plupart, forgées après coup, ne résistent pas à l'épreuve de la critique.

a) *Indivision organisée.*

On ne peut songer, en effet, à considérer l'état créé par la clause d'accroissement comme une indivision ordinaire, l'article 815 permettant aux indivisaires de demander le partage, nonobstant toutes conventions ou prohibitions contraires. Or la convention d'indivision est, en l'espèce perpétuelle et par là même inefficace, il serait vain de soutenir qu'elle est réduite à 5 ans, c'est-à-dire à la durée maxima des conventions d'indivision; en réalité, elle est annulée par la demande en partage et non pas simplement réduite. Il faut donc rechercher la qualification de notre clause en dehors de l'article 815.

M. CAPITANT, dans une note au Dalloz 1923 — 1° partie page 113. sous un arrêt de la Cour de Cassation du 5 juillet 1922 a fait observer que certaines indivisions avec affectation de biens à une fin déterminée, échappent à la règle de l'article 815. C'est à ce propos que la Cour de Cassation emploie l'expression curieuse de convention d'indivision qui unit deux mots dont le sens juridique est profondément différent.

Mais que faut-il entendre par cette expression nouvelle ? D'après M. CAPITANT « les conventions d'indivision ne sont soumises à la limitation de 5 ans que si elles ont uniquement pour objet de créer ou de maintenir entre les intéressés l'état d'indivision, sans rien changer au caractère économique de celle-ci, sans autre intention que de reculer le partage. Elles n'y sont pas soumises au contraire lorsque les contractants poursuivent un but économique ou juridique différent. L'indivision n'est plus alors qu'un moyen employé pour obtenir une fin déterminée et du moment que cette fin est licite, le moyen doit être permis ».

Retenons les derniers mots de cette citation: « l'article 815 ne s'applique pas si l'indivision au lieu d'être un état anarchique, poursuit une fin déterminée et que cette fin est licite. Or s'il est incontestable que la clause d'accroissement confère l'indivision résultant de l'achat en commun une finalité qui lui permet d'échapper à la règle de l'article 815, il est plus douteux que cette finalité soit licite.

Or, cette finalité en quoi consiste-t-elle ? A transférer par le jeu des décès successifs des acquéreurs le droit de propriété pure et simple qui leur appartenait, au profit de titulaires de moins en moins nombreux. C'est justement cette finalité que la Cour de Cas-

sation qualifie de pacte sur succession future. Donc la notion d'indivision ne résout pas le problème qui nous est posé la question demeure entière, car en admettant même que sous ce chef, l'analyse soit exacte, il nous faut ensuite prouver que le but poursuivi est licite, ce qui nous remet directement en présence du pacte sur succession future.

Il s'agit donc de découvrir une explication d'ensemble qui justifie à la fois les moyens employés et la fin poursuivie.

b) *Contrat tontinier.*

D'après M. HEMARD (1) on qualifie de contrat tontinier une opération « par laquelle plusieurs personnes de même âge ou d'âge différent apportent chacune un bien ou un capital et conviennent que les parts des prémourants profiteront en tout ou en partie aux survivants ».

L'analogie semble frappante avec la situation créée par la clause d'accroissement, mais à l'examen, il apparaît de nombreuses différences.

Tout d'abord la tontine à laquelle la jurisprudence applique une partie de la réglementation des sociétés d'assurances est soumise aux règlements administratifs, même quand elle est de caractère purement privé; d'autre part, la tontine est dotée de la personnalité morale tandis que la clause d'accroissement ne réalise en définitive qu'une simple indivision. Enfin dans la tontine, les associés abandonnent à l'être moral la propriété de leur apport; il ne se pose aucun problème d'ordre successoral. Au contraire, dans l'hypothèse de la clause d'accroissement, chaque co-acquéreur demeure propriétaire de sa part indivise dans l'immeuble et un problème successoral se pose puisque par le jeu des décès, les acquéreurs deviennent respectivement ayants-cause les uns des autres.

Donc cette seconde explication, qui tendrait à ériger l'indivision créée par la clause d'accroissement en personne morale ne correspond pas plus que la précédente à la réalité et doit être en conséquence délibérément écartée.

c) *Société civile.*

Ce fut la thèse soutenue par le Tribunal civil de Moissac et reprise par la Cour de Toulouse dans son arrêt du 4 décembre 1924.

L'apport des associés serait constitué par la mise en commun des parts respectives des co-propriétaires dans l'immeuble, et leur travail dans l'exploitation du fonds; quant à la clause d'accroissement proprement dite, elle ne serait qu'une modalité du partage du fonds social.

Cette analyse est correcte en soi, quoiqu'elle tende à confondre l'indivision et la société; celle-ci se caractérise en effet par l'esprit de lucre qui anime les associés, cet esprit de lucre se traduit par la recherche des bénéfices; mais peut-on affirmer que la simple espé-

(1) Théorie Pratique des Assurances Terrestres — T. II n° 692.

rance de devenir un jour propriétaire de la totalité de l'immeuble constitue une recherche de bénéfices ? nous en doutons, car la réalisation d'un simple droit éventuel ne peut raisonnablement remplir l'activité de la société. En réalité, les bénéfices ne peuvent résulter que de l'exploitation du fonds, mais cette exploitation n'est pas le but, nous l'avons précisé plus haut, poursuivi par les contractants; le but est la consolidation sur la tête du survivant de la totalité de l'immeuble acheté en commun. La notion de société civile demeure donc insuffisante; elle ne rend compte que d'un des caractères de l'acte et ne nous explique nullement si le but poursuivi par les co-acquéreurs est licite.

D'autre part, et abstraction faite de son insuffisance à caractériser la nature de la clause d'accroissement, elle se heurte à une série d'objection d'ordre plus technique. C'est ainsi que l'article 1834 du Code Civil exige que la constitution de la société se prouve par la production d'un acte écrit. Or, si dans l'hypothèse que nous étudions, l'achat de l'immeuble soumis à la clause d'accroissement était constaté par un écrit, il se peut parfois que les tribunaux se trouvent en présence d'une convention purement verbale; l'article 1834 qui interdit en matière de sociétés de recourir à la preuve testimoniale serait alors extrêmement gênant, surtout à la campagne où le caractère familial de l'opération et le peu d'importance de l'immeuble acquis ont pu ne pas déterminer les indivisaires à exprimer sur un acte leur commune volonté.

Une autre objection est tirée de la prohibition des sociétés entre époux; dans l'affaire soumise à la Chambre des Requêtes la société eût été nulle puisque doublement conclue entre époux. Cette prohibition est peut-être injustifiée, mais elle est de jurisprudence constante; l'association des époux dans une même entreprise pouvant dissimuler une atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Enfin cette société, en admettant, ce qui paraît douteux, que la clause d'accroissement contribue à doter l'indivision de la personnalité morale, serait nulle en ce qu'elle contient une clause léonine. En effet, il est stipulé que la totalité de l'actif social reviendra au survivant; or cette clause est interdite dans les statuts d'une société composée exclusivement d'apports en nature; il est alors nécessaire que chaque associé ou ses héritiers reçoivent leur part sociale. Sinon elle ne serait plus qu'une libéralité déguisée.

Les explications proposées par la doctrine, en vue de valider la clause d'accroissement ne concordent donc pas avec la nature juridique de cette clause; de plus, elles se heurtent à des objections d'ordre technique! L'absence de personnalité morale s'oppose à la conception de société ou de contrat tontinier; quant à la notion d'indivision organisée, elle ne nous justifie nullement la licéité du but poursuivi par les parties; or, ce n'est que dans la mesure où cette fin est licite, que l'indivision peut s'organiser et échapper à l'empire de l'article 815. Le problème demeure donc entier.

d) *Cession éventuelle de droits de co-propriété constituant un pacte sur succession future.*

Ce fut la thèse soutenue devant la Chambre des Requêtes par le Conseiller CELICE et reprise par la Cour dans son arrêt. La clause

d'accroissement constitue un pacte successoral, le prédécédé éventuel attribuant par convention un droit privatif sur un élément de sa succession à venir. On peut même considérer que dans l'hypothèse où la clause doit jouer entre successibles; par exemple entre frère et sœur, il existe une dualité de pactes prohibés; en effet non seulement le prédécédé éventuel attribue un droit privatif à son co-contractant sur un bien destiné à figurer dans sa succession à venir, mais il renonce par avance à recueillir l'élément propre au prédécédé dont il est l'héritier présomptif, au cas où l'un des acquéreurs lui survivrait. En ce cas, celui-ci deviendrait propriétaire de la totalité de l'immeuble et recevrait dans son patrimoine un bien sur lequel un des prémourants avait un droit héréditaire.

Il est inutile de discuter plus longuement la nature onéreuse ou gratuite de l'acte, car la jurisprudence, se fondant sur l'intention des parties, ne s'attache qu'au but poursuivi, et non pas au mécanisme de l'acte. Cette conception a été affirmée de nouveau par un arrêt de la Cour de Colmar du 25 septembre 1931 (1) dont les motifs sont ainsi formulés: Attendu que, suivant l'article 1157 du Code Civil, toutes conventions doivent être interprétées d'après la commune intention des parties contractantes et non d'après le sens littéral de leurs termes; attendu que suivant l'ensemble des stipulations intervenues entre les parties, il peut et il doit être admis que ces dernières n'ont attaché aucune importance spéciale au transfert non-conditionnel de la propriété cédée et qu'il ne leur importait qu'une chose, c'est de faire passer ladite propriété au survivant des deux acquéreurs.

Retenons de cette citation le dernier membre de phrase: il ne leur importait qu'une chose, c'est de faire passer ladite propriété au survivant des deux acquéreurs. Donc la validité de la clause ne dépend nullement du moyen employé, c'est-à-dire de la nature gratuite ou onéreuse de la clause.

Cette affirmation paraît quelque peu arbitraire, car elle opère une véritable scission entre le mécanisme de l'acte et le but poursuivi par les parties; mais nous venons de voir qu'aucune explication d'ensemble n'est satisfaisante. Nous allons donc maintenant nous dégager entièrement de la nature du moyen employé et ne nous attacher qu'au résultat de la clause dont il nous faut analyser les éléments et les comparer à ceux du pacte sur succession future.

3°). — LES PARTIES ONT-ELLES VOULU REALISER UN PACTE SUR SUCCESSION FUTURE ?

C'est uniquement sur le caractère éventuel de la clause que les discussions ont porté, la réunion des éléments conventionnel et successoral étant manifeste: l'acte est par définition un contrat et les acquéreurs ont envisagé la dévolution d'un bien destiné à figurer dans une succession non ouverte.

L'élément éventuel est plus discutable, l'engagement des acquéreurs ne peut-il pas être à terme et la naissance du droit des survivants n'est-elle pas immédiate, mais son exigibilité retardée jus-

(1) Revue juridique d'Alsace-Lorraine — 1932 p. 203.

qu'à la réalisation d'un événement futur, en l'occurrence le décès du promettant ?

Nous retrouvons donc une application à la clause d'accroissement de la distinction du pacte successoral prohibé et de la stipulation « post mortem protitentiis » licite. Cette explication que nous avons partiellement admise à l'occasion de l'étude de la clause commerciale, devons-nous la juger susceptible d'éclairer le problème de la licéité du résultat poursuivi par les co-acquéreurs dans la clause d'accroissement ?

La doctrine est divisée, M. DURAND, dans l'article précité de la Revue Critique, est hostile à l'idée d'une promesse post mortem. D'après cet auteur, c'est uniquement au décès du pré-mourant que le transfert s'effectue. M. ZIMMERMANN, tout en approuvant la conclusion de M. DURAND, recourt à un raisonnement différent. Pour lui, il est exact que dès le vivant des acquéreurs, il existe dans leurs rapports des droits et des obligations réciproques; chacun d'eux s'est engagé à ne pas aliéner sa part indivise; les co-acquéreurs sont donc de leur vivant mutuellement créanciers les uns des autres, chacun ayant à l'encontre de l'autre un droit particulier, une obligation personnelle de ne pas faire. Mais par le fait du décès, il se produit une véritable *novation* dans les droits des parties. Dès l'ouverture de la succession, la part indivise du prédécédé n'appartient plus à ses héritiers qui doivent subir une obligation passive et supporter l'attribution de l'immeuble aux survivants. Quant au droit personnel du bénéficiaire vis-à-vis de son co-contractant prémourant, il est voué au droit réel; il intervient donc un changement dans les obligations créées par la clause, changement dont le décès est la cause. L'opération est désormais comme insérée dans la dévolution successorale, car c'est par le seul fait du décès du promettant que les survivants acquièrent sa part indivise dans l'immeuble.

Il faut reconnaître que l'idée d'une stipulation post mortem, admissible dans l'hypothèse de la clause commerciale est moins aisément concevable dans celle de la clause d'accroissement. On ne peut en effet songer à l'existence d'un engagement actuel du promettant mais affecté d'un terme, car s'il venait à se produire un des faits susceptibles d'après la loi de provoquer la déchéance du terme, nous devrions en conclure que l'obligation devient immédiatement exigible. Or le domaine de la stipulation post mortem est extrêmement limité; il faut que son exécution soit intellectuellement concevable avant le décès du débiteur, ce serait, par exemple, le cas d'une reconnaissance de dette payable au décès du débiteur; mais dans notre hypothèse l'accroissement ne peut, pour des raisons techniques, s'opérer du vivant même des acquéreurs. L'obligation de céder n'existe qu'à partir du décès, et c'est ce décès à lui seul qui déterminera le transfert de la part indivise du de cujus qui, à cet instant, sera comprise dans sa succession.

M. VIALLETON, dans une note parue au Sirey (1) sous l'arrêt du 24 janvier 1928, s'est efforcé de démontrer que la clause d'accroissement était valable, en proposant une distinction à l'intérieur même du cadre des pactes sur succession future. D'après cet auteur, la

(1) S. 1929 — 1 — 137.

convention où le de cujus n'a entendu engager que son hérédité serait seule frappée de nullité; tel serait le cas d'un pacte dans lequel « le principal intéressé trouverait moyen de dégager sa fortune personnelle, telle qu'elle demeure de son vivant, libre de tout engagement, de toute responsabilité, de toute incidence de l'opération ». Par contre, il existerait une autre variété de pactes successoraux dont la jurisprudence devrait admettre la validité, ceux que M. VIALLETON qualifie de pactes patrimoniaux à conséquence successorale. Ceux-ci intéressent essentiellement le de cujus lui-même, mais leur conception ou leurs conséquences sont telles qu'ils trouvent un aboutissement dans la masse héréditaire.

Appliquons maintenant cette distinction à la clause d'accroissement; l'acte intéresse principalement le de cujus, car il a l'espoir de survivre à ses co-contractants et de conserver la totalité de l'immeuble. S'il précède, la succession subira les conséquences préjudiciables de l'opération, mais indirectement, par ricochet, comme résultat d'un acte dont le de cujus était le principal intéressé: c'est par ce trait particulier que se caractérise l'incidence successorale.

Mais en réalité, la clause d'accroissement a pour effet de laisser le co-acquéreur entièrement étranger aux conséquences préjudiciables qu'elle est susceptible de provoquer. De son vivant le co-acquéreur ne peut être tenu de céder sa part, et l'obligation n'existe qu'à la charge de la succession à venir; nous avons vu qu'une déchéance du terme était intellectuellement inconcevable. D'ailleurs il n'est pas certain que l'existence d'un intérêt direct du promettant à l'acte puisse exclure toute idée de pacte successoral: la convention par laquelle le créancier consent à son débiteur une remise de dette moyennant le droit de prélever sur son hérédité une somme fixée dans l'acte est frappée de nullité absolue, car elle attribue au bénéficiaire un droit privatif sur une succession non ouverte. Pourtant la convention intéresse principalement et directement le de cujus. Mais la clause ayant pour objet le transfert au décès d'un droit de propriété pur et simple est frappée de nullité absolue, comme portant atteinte à la prohibition des pactes sur succession future.

Il nous faut donc conclure que la clause d'accroissement telle qu'elle se présentait dans l'affaire soumise à la Chambre des Requêtes est un pacte successoral prohibé; la clause cessant de jouer, les acquéreurs se trouvent dans l'indivision et l'article 815 peut s'appliquer. Par suite les indivisaires sont à tout moment en droit de réclamer le partage.

En résumé, l'intention des co-acquéreurs était de créer un état d'indivision formée, de manière à éluder le principe de l'article 815 qui aurait fait obstacle au jeu de la clause d'accroissement. Mais cet état nécessite la poursuite d'une fin commune; cette fin est justement la consolidation de la propriété de l'immeuble sur la tête du seul survivant; or cette fin est illicite, car elle tend à déroger à l'ordre légal des successions venant à cesser. Elle ne justifie plus un état d'indivision forcée et permet à tout indivisaire de se prévaloir de l'article 815.

Mais la clause d'accroissement est parfois affectée d'une double condition; les effets demeurent les mêmes mais le mécanisme est profondément différent. C'est cette seconde forme qu'il nous faut maintenant étudier.

SECTION III — LA CLAUSE D'ACCROISSEMENT AFFECTÉE D'UNE CONDITION RÉSOLUTOIRE

Nous étudierons cette forme originale de la clause d'accroissement en trois paragraphes: paragraphe premier, les conditions du problème, les faits qui ont donné à la jurisprudence l'occasion de se prononcer; paragraphe second, la nature juridique de la clause; paragraphe troisième, l'article 815 doit-il recevoir application.

§ 1. — COMMENT LA CLAUSE S'EST-ELLE PRESENTÉE EN PRATIQUE ?

La question fit l'objet de deux arrêts des Cours de Dijon et de Colmar; de ces deux décisions, nous n'exposerons que la première qui a envisagé le problème sous son aspect le plus général, tandis que la Cour de Colmar n'a statué que sur une difficulté spéciale au régime de publicité des mutations immobilières en droit alsacien lorrain (1).

L'affaire soumise à l'examen de la Cour de Dijon dans son arrêt du 23 mai 1929 est au contraire des plus claires et des plus riches en enseignements. Deux personnes, les sieurs GUILLEMIN et CHARDONNAY avaient acheté conjointement une maison d'habitation pour la somme de 24.000 francs. L'acte stipulait entre autres clauses « qu'il était formellement convenu à titre de clause aléatoire que le premier mourant des acquéreurs serait considéré comme n'ayant jamais eu un droit à la propriété de l'immeuble acquis et que la propriété en résiderait sur la tête du survivant ». A la seule lecture de l'acte, il nous apparaît que le résultat obtenu était identique à celui de la clause d'accroissement pure et simple, mais que les mécanismes juridiques de ces deux conventions différaient profondément.

Par la suite, la mésintelligence survint entre les co-acquéreurs; M. GUILLEMIN étant décédé le 21 janvier 1927, le survivant entendit faire valoir ses droits à la totalité de l'immeuble qu'il mit en vente. Les héritiers du prédécédé firent opposition à la vente et M. CHARDONNAY en poursuivit la main levée. C'est ainsi que le problème de la licéité de la clause vint à se poser devant le Tribunal de la Saône-et-Loire.

Devant cette juridiction, la thèse de la nullité l'emporta. Le Tribunal admit que la condition résolutoire avait en réalité pour but de voiler pour une raison fiscale pour éviter le paiement d'un double droit de mutation, le véritable caractère de la convention

(1) Cour de COLMAR — 10 décembre 1929 — D. P. 1930 — 2 — 81 Note NAST.

qui tendait à prévoir l'accroissement du patrimoine du survivant par l'attribution de la part indivise du droit de propriété appartenant au prémourant.

C'est ce jugement que la Cour de Dijon infirma par son arrêt du 23 mai 1929. Cette décision, favorable à l'interprétation restrictive de l'article 1130, refusa de voir en notre clause un pacte sur succession future. Elle déclare que les juges doivent faite application de l'article 1157 du Code Civil qui impose d'entendre une clause obscure dans le sens où elle peut avoir un effet plutôt que dans celui où elle n'en a aucun. Or la clause d'accroissement, en notre hypothèse, peut fort bien ne pas s'analyser en une transmission de propriété intervenant dans les rapports des co-acquéreurs. Par suite d'une fiction légale, la part d'immeuble qui accroîtra au survivant lors du décès du prémourant sera considérée comme n'ayant jamais figuré dans son patrimoine. Elle n'a donc pas pu dépendre d'une succession non ouverte et l'attribution au profit du survivant n'a pas lieu à titre de successible; tout au contraire le survivant tiendra la totalité de ses droits du vendeur et non pas de ses co-acquéreurs.

Telle est la solution formulée par la Cour de Dijon; elle est si différente des enseignements contenus dans l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 janvier 1928 qu'elle va nécessiter quelques commentaires.

§ 2. — ANALYSE JURIDIQUE DE LA CLAUSE.

Conformément au plan que nous avons adopté dans la section précédente, nous devons nous demander en premier lieu si la clause est un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux. Puis étant admis qu'elle est de nature onéreuse, nous devons discuter l'exactitude de la qualification appliquée par la Cour de Dijon.

1°. — EST-ELLE A TITRE ONEREUX OU A TITRE GRATUIT ?

Les adversaires de la clause, au nombre desquels s'est trouvé le tribunal de Saône-et-Loire, section de Chalon-sur-Saône, analysent la clause en une double donation faite au profit du survivant. En vertu de l'acte d'achat, il est donataire de la moitié de l'immeuble; quant à l'autre moitié, elle lui est dévolue par le jeu de la clause, c'est-à-dire par le décès du prémourant.

Cette explication ne saurait d'ailleurs être généralisée car elle est, pour partie au moins, spéciale à l'hypothèse que nous étudions. Il se trouvait en effet que, l'avant-veille de l'acte, M. GUILLEMIN, le prémourant, avait fait parvenir à son co-contractant une somme représentant sensiblement le prix versé par ce dernier. Mais c'était là en réalité un don manuel auquel l'achat d'une fraction de l'immeuble avait servi d'emploi. Il était d'ailleurs entièrement indépendant de l'acte d'achat et n'empêchait nullement le survivant de figurer dans l'acte en qualité d'acquéreur et non de donataire.

(1) S. 1930 — 2 — 9 — note GUYOT.

Il semble donc qu'il faille écarter l'idée de donation faite au moment de l'acte d'achat; les deux contractants sont à cet instant dans la même situation juridique et l'interprète n'a pas à se soucier de leurs ractations antérieures.

Quant à l'autre moitié de l'immeuble, soutiennent les adversaires de la clause, elle est attribuée au survivant en vertu d'une donation à cause de mort. Mais cette institution qui présente la particularité d'être subordonnée au décès du donateur et révocable *ad nutum*, n'existe plus en droit moderne; elle a été supprimée par l'ordonnance de 1731 et par l'article 893 du Code Civil. L'acte n'est de plus nullement révocable *ad nutum*; son effet est subordonné au prédécès du donateur, c'est-à-dire à la réalisation d'un événement futur et incertain. L'acte n'est donc pas révocable *ad nutum* comme le prétendent les adversaires de la clause — la révocabilité de la donation entraînant sa nullité — il est soumis à une condition suspensive. Or la loi n'interdit pas de faire une donation sous condition suspensive.

La notion de libéralité entre vifs appliquée à la clause d'accroissement sous condition résolutoire est donc doublement inexacte. Même si la clause constituait une donation, celle-ci ne serait pas nulle, en tant que révocable *ad nutum*, mais soumise à une condition suspensive, et par suite valable. D'autre part, si l'on se livre à une interprétation serrée de la volonté des acquéreurs, on constate qu'elle est exclusive de toute intention libérale. La clause présente un caractère onéreux et aléatoire: chacun des co-acquéreurs n'a consenti à abandonner un avantage conditionnel à son co-contractant qu'en échange de l'avantage identique que celui-ci lui concédait, chacun à l'espérance de retirer un gain de l'opération. Or ces caractères sont incompatibles avec l'idée de donation qui implique chez le disposant un dépouillement irrévocable sans réception, même éventuelle, d'un équivalent.

Nous avons donc répondu à la première question qui nous était posée: la clause constitue un acte à titre onéreux; mais, ceci admis, il s'agit de savoir si son but était l'attribution à titre privatif de tout ou partie d'une succession non ouverte.

2°. — EST-CE UN PACTE SUR SUCCESSION FUTURE ?

Il n'est pas malaisé de découvrir l'élément conventionnel, puisque par définition la clause est insérée dans un contrat d'achat. Par contre, il nous semble impossible de préciser les éléments successoral et éventuel.

En effet, l'existence de l'élément successoral exige que les parties aient entendu traiter sur un élément de leur succession à venir, il faut que le bénéficiaire de la clause se présente avec la qualité d'ayant-cause du promettant. Or cette condition n'est pas réalisée en l'espèce que nous étudions, car le survivant n'est pas ayant-cause des prémourants, mais seulement du vendeur. Par le jeu de la condition résolutoire, il est censé avoir été propriétaire de la totalité de l'immeuble dès l'instant de la vente. Les prémourants dont le droit de propriété se trouve rétroactivement résolu n'ont donc pu traiter sur un élément de leur succession à venir; ils ont stipulé sur un bien étranger à leur patrimoine.

Quant à l'élément éventuel, il se trouve battu en brèche par l'existence d'une condition résolutoire. Le droit du survivant et même de tous les acquéreurs existe dès l'instant du contrat; il est plus qu'une espérance et la réalisation de l'événement futur et incertain auquel il se trouve subordonné entraînera sa rétroactivité. Nous nous sommes d'ailleurs précédemment efforcés de distinguer le droit éventuel du droit conditionnel. Celui-ci peut faire valablement l'objet d'une aliénation tandis que la cessation d'un droit éventuel constitue un pacte sur succession future. Il faut donc admettre que chacun des acquéreurs peut valablement vendre à un tiers son droit à la totalité de l'immeuble; mais la convention est aléatoire et son efficacité est soumise à la réalisation ou à la défaillance de la condition. En résumé chaque contractant est propriétaire de la totalité de l'immeuble sous condition suspensive de sa survie et sous condition résolutoire de son prédécès et cela dès l'instant de l'acte, tous caractères qui inclinent à écarter l'existence d'un droit éventuel et partant du pacte sur succession future.

Mais il est permis de se demander, et c'est ce qui fut soutenu devant la Cour de Dijon, si la clause d'accroissement affectée d'une condition résolutoire n'est pas entachée de fraude à la loi, en ce qu'elle dissimulerait, par une formule spécieuse, un pacte successoral. D'après cette conception, l'intention des parties ne correspondrait pas au moyen employé; le moyen serait licite, mais le but poursuivi prohibé par la loi. L'idée de condition résolutoire s'expliquerait par des préoccupations fiscales, par le souci de ne pas verser un double droit de mutation, mais la véritable intention des parties serait de réaliser une transmission successive aux survivants des parts indivises appartenant au prédécédé.

Mais c'est alors que la Cour de Dijon, désireuse de valider une clause dont le mécanisme juridique lui paraissait correct et le but poursuivi socialement utile, s'est appuyée sur l'article 1157, aux termes duquel « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui où elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. » De plus, la prohibition des pactes successoraux est une exception au principe de la liberté des conventions et comme toute exception, elle doit être d'une interprétation stricte. Quand même le mécanisme de la clause ne serait pas clairement exprimé, le juge peut interpréter souverainement la volonté des parties et conclure à la validité. Tel est le principe enseigné par l'arrêt de la Cour de Colmar du 25 septembre 1931 (*Revue juridique d'Alsace-Lorraine* 1932, p. 203).

Dans cette affaire, on ne pouvait discerner exactement le mécanisme de la clause qui ne se trouvait pas exprimé d'une manière explicite: le juge foncier ayant décliné que les acquéreurs étaient en vertu de l'acte d'achat co-propriétaires de leurs parts indivises et que par le jeu de la clause d'accroissement ils se voyaient attribuer, s'ils survivaient, la part indivise des autres, la Cour de Colmar réforma cette décision, au nom de l'article 1157. Interprétant souverainement la volonté des parties, elle soumet le fonctionnement de la clause à une condition suspensive et à une condition résolutoire auxquelles les parties n'avaient peut-être même pas songé.

On conçoit maintenant combien sont vaines les critiques adres-

sées à la clause d'accroissement conditionnelle sur le fondement d'une prétendue fraude à la loi. La jurisprudence refuse délibérément de se prononcer sur ce point, en validant la clause, au nom de l'art. 1157, dès que les termes employés par les contractants lui paraissent susceptibles d'une interprétation favorable. Elle plie en un mot le but poursuivi par les acquéreurs au mécanisme par eux employé; il suffit que ce mécanisme soit juridiquement correct, et c'est l'hypothèse au cas de clause d'accroissement conditionnelle, pour que leur intention soit présumée licite. Cette interprétation est d'ailleurs conforme aux principes généraux du droit des obligations, où les juges, en présence d'un acte techniquement valable, ne doivent pas, sauf exceptions (1) rechercher la nature des motifs qui ont pu déterminer les parties.

Un dernier argument a été invoqué à l'encontre de la validité de la clause d'accroissement conditionnelle: des plaideurs ont soutenu qu'elle était interdite par l'article 815 du Code Civil, c'est-à-dire au droit des indivisaires de réclamer à tout instant le partage, nonobstant toutes conventions ou prohibitions contraires.

§ 3. — LA CLAUSE EST-ELLE PROHIBÉE PAR L'ARTICLE 815 ?

Cette objection avait été déjà mise en avant par les adversaires de la clause d'accroissement pure et simple; cette clause n'a-t-elle pas pour effet de créer une convention d'indivision qui ferait échec au droit des indivisaires de réclamer le partage, et qui, par suite, devrait être déclarée nulle. Mais nous avons vu que parfois la convention d'indivision était licite, quand, par exemple l'indivision était établie en vue d'une destination déterminée (2). Or, dans le cas présent, on peut estimer qu'il existe une fin commune poursuivie par les indivisaires; l'usage collectif de l'immeuble et l'accroissement au profit des survivants, licite, puisque conditionnel et non successif.

Mais il est inutile d'approfondir ces recherches, car en tout état de cause, l'article 815 ne peut recevoir application en notre hypothèse. L'indivision n'est qu'apparente; elle suppose en effet la coexistence de droits de même nature sur un bien déterminé, ou sur une universalité. Au cas de clause d'accroissement conditionnelle, l'immeuble est effectivement soumis à la coexistence de droits de propriétés, mais ces droits ne sont pas de natures identiques: les uns, soumis à une condition suspensive s'éteindront lors des décès successifs des acquéreurs, tandis que les autres, subordonnés à une condition résolutoire, s'affermiront. Au terme du fonctionnement de la clause, l'indivision se trouvera rétroactivement effacée. Par suite, l'article 815 n'aura jamais pu s'appliquer.

Pour conclure, la situation créée présente une grande analogie avec celle d'une vente faite sous condition; on ne saurait soutenir

(1) Nous faisons allusion aux libéralités, où la clause pratiquement se confond avec le motif déterminant.

(2) NAST — Déf. Rép. 1928 p. 425.

alors que la réunion des droits du vendeur et de l'acheteur sur l'objet du contrat constitue une indivision soumise à l'application de l'article 815.

La clause d'accroissement conditionnelle apparaît donc en pratique comme un palliatif destiné à remédier à la nullité prononcée par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 janvier 1928; on ne peut donc que recommander sa généralisation, d'autant plus qu'il n'en résulte pas pour les acquéreurs un amoindrissement de leurs droits, par rapport à ceux engendrés par la clause d'accroissement pure et simple. Dans l'une et l'autre hypothèse, la situation des indivisaires et le but poursuivi demeurent exactement les mêmes, seul le mécanisme juridique diffère.

Avant de terminer l'étude de la clause d'accroissement, nous examinerons rapidement un problème délicat qui lui est connexe, nous faisons allusion à l'admission éventuelle de nouveaux participants au bénéfice de l'opération.

SECTION IV — L'ADMISSION DE NOUVEAUX PARTICIPANTS AU BÉNÉFICE DE LA CLAUSE D'ACCROISSEMENT (1)

La question posée peut être ainsi formulée: les co-acquéreurs peuvent-ils, en cours d'indivision — nous employons cette expression pour la facilité du langage quoique nous sachions qu'au cas de clause d'accroissement conditionnelle elle ne corresponde pas à la réalité — permettre à un tiers de participer aux charges et aux bénéfices de l'exploitation, et de devenir, par le jeu de la clause, propriétaire de la totalité de l'immeuble dans l'hypothèse de sa survie ? Et en admettant que nous répondions par l'affirmative, quel procédé juridique faudra-t-il employer ?

Une distinction s'impose en pratique: il peut intervenir la substitution d'un tiers à l'un des co-acquéreurs, ou bien l'adjonction aux indivisaires existants d'un ou de plusieurs participants de telle sorte que le nombre des bénéficiaires de la clause s'en trouve augmenté.

§ 1. — SUBSTITUTION D'UN TIERS A L'UN DES PARTICIPANTS

Il faut en premier lieu étudier les conditions de la cession et en second lieu ses effets.

(1) *Consulter* : Paul J. DURAND : De l'acquisition d'un immeuble en commun avec clause d'accroissement au profit du survivant — *Revue Critique* 1934 — SAVATIER : *Revue trimestrielle de droit civil* 1929 p. 1127.

NAST — *Déf. Rép. Périodique* 1937 p. 409.

CHOL — La clause d'accroissement — thèse Lyon — 1933 p. 52 et s.

A) *Conditions de la cession.*

L'utilité de la cession peut apparaître dans différentes hypothèses: il faut supposer qu'un des indivisaires désire se retirer, soit à la suite d'une dissension entre les parties, soit parce qu'il est dans l'obligation de changer de domicile. Le jeu de la clause d'accroissement s'accompagne en effet le plus souvent de la communauté de vie entre les acquéreurs: il suffit pour cela de se rappeler l'affaire soumise à la Chambre des Requêtes et qui fit l'objet de l'arrêt du 24 janvier 1928.

Il est donc indispensable de procéder au partage pour remplir le co-acquéreur sortant de ses droits, mais l'article 815 ne s'appliquant pas, il faut recourir au consentement unanime des indivisaires, difficile à obtenir, si l'association est animée d'un but charitable ou religieux.

On pourrait cependant insérer dans l'acte d'achat une clause aux termes de laquelle la part du co-acquéreur sortant serait rachetée par les co-acquéreurs qui demeureraient dans l'indivision. Mais cette clause est d'un fonctionnement délicat, le prix de la cession étant difficile à évaluer. Il ne faut pas oublier en effet qu'il comprend non seulement la valeur du droit du cédant sur une part indivise de l'immeuble, mais aussi la valeur de son droit conditionnel à devenir propriétaire de la totalité de l'immeuble. Chaque co-acquéreur a l'espoir de survivre et de recueillir la part des prémourants. L'importance patrimoniale de ce droit peut être considérable si le cédant est jeune et les autres co-acquéreurs hésiteront à déboursier le prix nécessaire à son rachat.

Il faut donc permettre à chacun des co-acquéreurs de céder directement son droit, par nature cessible, et dont la clause d'inaliénabilité serait frappée de nullité. Mais moralement si ce droit est cédé, le cessionnaire n'acquiert que les droits du cédant; il est dans la situation de l'acheteur d'un usufruit: le jeu de la clause sera subordonné à la survie du cédant et non pas à la sienne propre: par suite, si le cédant est âgé, son droit n'aura qu'une valeur dérisoire et ne trouvera pas d'acquéreur. Il est donc préférable que les effets de la clause soient subordonnés à la survie du cessionnaire, mais pour parvenir à un tel résultat, le cédant doit obtenir le consentement unanime des autres indivisaires, car il ne peut de sa seule volonté bouleverser l'économie d'un contrat conclu intuitu personæ.

B) *Effets de la cession.*

Ces effets sont liés étroitement aux conditions de la cession: il faut distinguer le cas où le contrat est l'œuvre des seuls cédant et cessionnaire, du cas où les acquéreurs demeurant dans l'indivision sont intervenus à l'acte. Sans doute dans les deux hypothèses, le cessionnaire acquiert un droit conditionnel à l'universalité de l'immeuble, mais ce droit est subordonné soit à la survie du cédant, soit à la sienne propre.

Si les indivisaires ne sont pas intervenus à l'acte de cession, l'équilibre du contrat demeure intangible, le droit du cessionnaire demeurant subordonné à la survie du cédant, si celui-ci précède,

alors que le cessionnaire est encore en vie, les droits de celui-ci par là-même s'évanouiront.

Dans l'hypothèse inverse, si les indivisaires sont intervenus à l'acte de cession, il importe peu que le cédant survive ou prédécède; le jeu de la clause d'accroissement est désormais soumis à la survie du seul cessionnaire. L'équilibre du contrat se trouve ainsi modifié, surtout quand le cessionnaire est jeune; aussi les co-acquéreurs seront admis à réclamer une indemnité représentative de la perte éventuelle qu'ils subissent.

Cette opération est donc dans son ensemble extrêmement simple: dans tous les cas chacun des co-acquéreurs peut céder son droit, qui est par nature cessible, comme constituant un des éléments de son patrimoine. Mais les effets de la cession demeurent dans la dépendance d'une intervention des autres indivisaires.

Envisageons maintenant une hypothèse plus compliquée où nous allons retrouver le problème du pacte sur succession future, il s'agit non plus de la substitution d'un tiers à l'un des participants, mais de l'admission en surnombre de nouveaux bénéficiaires.

§ 2. — ADMISSION EN SURNOMBRE DE NOUVEAUX BENEFICIAIRES

Tandis que dans l'hypothèse précédente, le cessionnaire n'était que subrogé dans les droits du cédant, le nombre des indivisaires par l'effet de cette nouvelle forme de convention va se trouver augmenté. Son utilité apparaîtra surtout quand l'œuvre entreprise a un but charitable ou religieux; s'il ne subsiste plus que deux indivisaires et qu'ils soient tous deux âgés, ils peuvent désirer s'adjoindre un ou plusieurs participants, plus jeunes, et qui seront chargés de perpétuer l'institution que le jeu de la clause d'accroissement avait contribué à créer.

Il n'est d'ailleurs pas douteux que l'immeuble soit aliénable; les co-acquéreurs peuvent s'entendre pour le céder à un tiers et l'acte de vente ou de donation peut intervenir postérieurement à l'acquisition primitive (1) le vendeur est en effet demeuré étranger à l'acte.

Ceci posé, il faut envisager deux solutions possibles ou bien il intervient une cession de l'immeuble par tous les acquéreurs au profit d'une ou de plusieurs personnes; ou bien il n'est cédé qu'une part indivise de l'immeuble, avec clause d'accroissement visant à la fois les indivisaires primitifs et les co-acquéreurs nouveaux.

A) — *Cession par tous les co-acquéreurs.* — Les indivisaires primitifs sont alors exclus du bénéfice de la clause d'accroissement qui ne lie plus désormais que les co-acquéreurs nouveaux. En vertu de l'effet translatif de la vente, ils n'ont même plus droit à la jouissance de l'immeuble. Le but poursuivi n'est pas atteint puisque, dans la pensée des indivisaires primitifs, il était de s'adjoindre le concours d'une ou de plusieurs personnes qui, après leur décès, pour-

(1) DURAND — Op. cit. n° 19.

raient continuer l'œuvre entreprise. Il n'était nullement de s'exclure immédiatement et irrévocablement de l'opération.

B). — *Cession d'une part indivise avec clause d'accroissement susceptible de bénéficier aux acquéreurs primitifs.* Cette question est assez délicate et quelques auteurs doutent de la validité de la nouvelle clause intervenue. Il nous faut envisager successivement la position du problème, la nature de l'opération et ses effets.

a) — *Sous quelle forme la convention se présente-t-elle en pratique ?*

Les co-acquéreurs primitifs au lieu d'aliéner la totalité de leurs parts indivises, n'aliènent qu'une fraction de l'immeuble à des tiers qui stipulent entre eux une nouvelle clause de réversion. Mais s'ils désirent conserver leurs droits éventuels respectifs à la totalité de l'immeuble, il est indispensable que cette clause leur soit commune ainsi qu'aux acquéreurs, sinon le but poursuivi ne serait pas atteint. En effet, étudions les deux hypothèses qui peuvent se présenter au cas où la clause n'interviendrait qu'entre les acquéreurs nouveaux.

Si ces derniers précèdent, le survivant d'entre eux ou ses héritiers se trouve en indivision avec les co-acquéreurs primitifs; si au contraire, ce sont ceux-ci qui précèdent, le survivant d'entre eux ou ses héritiers est en indivision avec les acquéreurs nouveaux. Le jeu de la clause d'accroissement est désormais impossible; nous sommes en présence d'une indivision ordinaire qui obéit au principe de l'article 815 et le partage peut être demandé. Contrairement à l'intention des parties, l'œuvre entreprise ne pourra se perpétuer et l'immeuble risquera d'être morcelé.

A l'inverse, si les acquéreurs primitifs interviennent à la seconde convention, la conséquence sera que la réversibilité jouera comme si tous les acquéreurs, primitifs ou nouveaux, avaient acquis en commun l'immeuble. Par l'effet de la seconde convention, chacun des indivisaires acquiert un droit conditionnel à la propriété de tout l'immeuble. A la différence de l'hypothèse précédente, la clause d'accroissement dans les rapports des acquéreurs primitifs ou nouveaux, à tel point que le survivant réunira entre ses mains, non seulement la part indivise dont les acquéreurs primitifs étaient demeurés propriétaires, mais de la part indivise aliénée aux nouveaux participants.

b) *Nature de l'opération.*

Il est permis de se demander si la clause est indépendante de l'acte d'acquisition et si elle peut valablement intervenir en cours d'indivision. Supposons en effet que deux personnes achètent en commun un immeuble et que 5 années plus tard il soit stipulé une clause d'accroissement au profit du survivant des acquéreurs. Par le jeu de la condition résolutoire, les droits du prédécédé vont disparaître; mais à partir de quel instant ? De l'acte d'acquisition ou de la conclusion de la clause ?

On peut hésiter à soutenir que le survivant tient exclusivement ses droits du vendeur, car il ne semble pas que la rétroactivité de la condition résolutoire puisse réellement effacer la période d'indi-

vision qui a précédé la clause. En effet, cette rétroactivité ne peut s'appliquer à un espace de temps antérieur à l'intervention du contrat qui lui sert de source. Par suite, le survivant tient pour partie ses droits dans la totalité de l'immeuble non pas du vendeur mais du prémourant; chacun des co-acquéreurs a disposé contractuellement d'un bien destiné à figurer dans sa succession à venir et nous retrouvons la clause d'accroissement, sous sa première forme, telle qu'elle fut soumise à la Chambre des Requêtes et déclarée nulle comme constituant un pacte successoral prohibé.

Il nous paraît difficile de critiquer sérieusement cette argumentation: quels que soient les artifices juridiques employés, on ne peut effacer la période d'indivision pure et simple. La rétroactivité de la condition résolutoire ne peut faire disparaître le droit de propriété du prémourant qu'à partir de l'intervention de la clause: quant à l'indivision pure et simple qui l'a précédée, elle demeure étrangère aux effets de la réalisation de la condition et le droit du prédécédé sur sa part indivise n'est pas effacé, mais transmis au survivant à titre successif.

Transposons maintenant cette solution à notre hypothèse et recherchons s'il n'existe pas un moyen de remédier à la nullité de la clause.

c) *Effets de l'opération.*

Nous supposons que postérieurement à l'acquisition, une troisième personne participe à l'indivision et que les parties stipulent que la clause d'accroissement jouera à son profit comme à celui des acquéreurs primitifs. Comment vont s'agencer les effets de la convention ?

Il n'existera pas de difficulté si le nouvel acquéreur prédécède, la clause continuant de jouer dans les rapports des premiers acquéreurs. Mais si ce nouvel acquéreur survit, l'indivision antérieure à sa participation au bénéfice de la clause subsistera, la rétroactivité de la condition ne pouvant effacer un droit de propriété pur et simple, d'ailleurs étranger à son domaine d'application. La persistance de cette indivision et partant du droit des co-acquéreurs primitifs, fait que le survivant ne peut être considéré comme ayant-cause du vendeur; il a en réalité reçu en vertu d'un contrat et à titre successif une fraction du patrimoine du prémourant. Les co-acquéreurs primitifs ont stipulé sur leur succession à venir; ils ont attribué au nouveau participant éventuel un droit privatif sur un élément de cette succession et fait ainsi un pacte sur succession future.

Aussi le procédé le plus simple pour remédier à la nullité serait de faire intervenir à l'acte le vendeur ou ses héritiers: mais cette intervention est problématique et son efficacité douteuse puisque le vendeur n'est plus partie à l'opération et que ses droits ont disparu. Il est donc préférable de recourir en pratique aux deux premières formes de l'opération, c'est-à-dire à la substitution d'un tiers à l'un des participants, ou à la cession de l'immeuble par tous les acquéreurs, procédés dont la validité n'est pas discutable (1).

(1) La clause d'accroissement suscite encore de nombreux problèmes dont l'étude, même sommaire, risquerait de nous écartier du cadre de notre travail.

C'est ainsi que la qualification d'acte à titre onéreux peut être extrêmement préjudiciable aux héritiers réservataires du prémourant si le de cujus a consacré sa fortune à l'achat d'une part indivise dans l'immeuble. Les réservataires ne sont pas alors en droit d'intenter l'action en réduction puisqu'ils sont protégés seulement contre les libéralités. Aussi la Cour de COLMAR dans son arrêt du 10 décembre 1929, avait-elle admis que la clause constituait un pacte sur succession future, quand la réserve des successibles en ligne directe était atteinte raisonnement défendable en équité mais discutable en droit.

Quant aux *créanciers* des indivisaires, ils sont également lésés par l'existence de la clause d'accroissement; en vertu de l'article 2205, ils ne peuvent saisir la part indivise de leur auteur, mais l'article 1166 leur permet de se substituer à leur débiteur pour demander le partage. Mais dans notre hypothèse, le débiteur n'est pas en droit de réclamer le partage, la clause d'accroissement ayant justement pour but de l'éviter. Donc les créanciers des prédécédés sont frustrés et ceux du survivant doivent attendre la fin de l'indivision.

Il n'est d'ailleurs par certain que l'article 2205 soit applicable, car il ne s'agit pas en réalité d'une indivision, mais d'un enchevêtrement de propriétés conditionnelles, de droits patrimoniaux qui peuvent faire l'objet d'une saisie, le droit de l'adjudicataire demeurent soumis à la réalisation de la condition suspensive ou à la défaillance de la condition résolutoire et d'autre part les conditions de l'action paulienne peuvent se trouver réunies.

En ce qui concerne l'exercice de l'action paulienne, il se présente une difficulté. Le créancier ne peut demander que la révocation des actes d'appauvrissement, or, dans notre hypothèse, il s'agit d'une acquisition. Mais ce que les créanciers attaquent, ce n'est pas l'acquisition, c'est la clause d'accroissement dont le jeu préjudicie à leurs intérêts en rendant l'immeuble insaisissable dans le patrimoine du débiteur et en diminuant ainsi leur gage général. De plus, l'appauvrissement peut résulter de la disparition du droit du débiteur par suite de son prédécès. Enfin la complicité frauduleuse des co-acquéreurs sera exigée, car la clause s'analyse en un acte à titre onéreux. (Consulter sur ce point NAST .. Déf. Rép. Périodique 1932 — p. 77).

CHAPITRE V

LA DONATION AVEC DISPENSE PARTIELLE DE RAPPORT

Avant le dernier chapitre consacré aux pactes sur sa propre succession, nous abordons l'étude d'une question relativement peu connue et qui n'a fait l'objet de controverses sérieuses qu'à partir de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 mars 1936. C'est un exemple frappant de l'extension démesurée prise en pratique par la conception du pacte sur succession future, extension dont nous devons rechercher la source dans la jurisprudence relative à la clause commerciale. L'étendue et la souplesse de l'expression « attribution de droit privatif » ont suscité de nombreuses demandes en justice tendant à l'annulation de clauses insérées dans les donations entre vifs et jugées valables par l'unanimité du monde notarial.

La jurisprudence n'a d'ailleurs eu que fort rarement l'occasion de se prononcer directement sur ce problème; c'est à peine si dans l'espace d'un demi siècle, nous avons pu relever trois arrêts qui s'y rapportent. Il faut probablement attribuer cette pénurie de décisions, au fait que, traditionnellement, on admettait que si le donateur pouvait dispenser le donataire de tout rapport il pouvait *a fortiori* ne l'en dispenser que partiellement.

Mais telle est l'ingéniosité déployée par les praticiens, que des arguments parfois sérieux ont été mis en avant pour déterminer les tribunaux à prononcer la nullité de la clause et il est en conséquence nécessaire de reprendre dans son ensemble une question à propos de laquelle la littérature juridique est assez pauvre. Nous commencerons par exposer les données du problème, en choisissant à titre d'exemple ceux de l'arrêt du 2 mars 1936 (1), puis dans les deux sections suivantes, nous étudierons les motifs invoqués à l'appui de la nullité, et la valeur de ces motifs.

(1) D. P. 1936 — 1 — 111 — Rap. Paul DUMAS — S. 1936 — 1 — 189.

SECTION I — LES DONNÉES DU PROBLÈME

La question de la validité de la donation faite avec dispense partielle de rapport se posa à la fin du XIX^e siècle devant la Cour de RIOM et fit d'objet d'un arrêt du 9 décembre 1890 (2). Par contrat de mariage, le donataire, le sieur de CLAIRVAL avait reçu de ses parents divers immeubles, moyennant le rapport d'une somme forfaitaire fixée à 200.000 fr. Les donateurs déclaraient faire donation par préciput et hors part au futur époux de toute la plus value que ladite propriété pourrait atteindre à l'ouverture de leurs successions respectives, mais en revanche il était stipulé que le donataire supporterait seul la dépréciation que ces immeubles pourraient avoir subie.

« Considérant déclare la Cour que la donation faite à titre de dot à Albert de CLAIRVAL desdits immeubles moyennant un prix de 200.000 fr. déterminé à forfait, stipulé exigible seulement à l'époque du décès de la dame de CLAIRVAL et rapportable en moins prenant à sa succession; que le sieur Albert de CLAIRVAL, lié à l'obligation de ce rapport mobilier, est ainsi devenu au jour de son mariage et à ses risques et périls, propriétaire incommutable desdits biens ».

La Cour de RIOM prenait donc dans cet arrêt nettement parti en faveur de la thèse de la validité et quand, à l'époque contemporaine et dans des circonstances à peu près identiques, la question se posa de nouveau, la Cour de Cassation ne fit que maintenir les enseignements de la jurisprudence antérieure.

Par acte authentique du 23 novembre 1921, le Duc de CRUSSOL d'UZES a fait donation à l'un de ses fils de plusieurs immeubles, dont le château d'UZES. Il est stipulé dans l'acte que la donation est faite en avancement d'hoirie et par imputation sur la part successorale du donataire, en conséquence, à charge de rapport. D'autre part — et c'est le point sur lequel se déroulait ce procès — il est expressément convenu que le donataire acquiert la propriété incommutable des biens donnés à charge pour lui de faire aux lieu et place du rapport en nature, celui de la somme de 100.000 fr. à laquelle les parties ont fixé dès à présent et d'une manière invariable la valeur rapportable desdits biens ». Pour le surplus, au cas où la valeur des biens excéderait le prix de 100.000 fr., le donateur prévoit qu'il en est fait donation par préciput et hors part.

Cette libéralité ainsi conçue fut critiquée par un frère du donataire comme constituant un pacte sur succession future : étant faite en avancement d'hoirie, c'est-à-dire imputable sur la part héréditaire du donataire, elle doit être rapportée lors de la liquidation de la succession du donateur. Le rapport a lieu en nature et non en moins prenant (2) ; l'immeuble figure à nouveau dans la masse par-

(1) D. P. 1892 — 2 — 237.

(2) Actuellement le rapport des immeubles a lieu, sauf exceptions, en moins prenant depuis que le décret-loi du 17 juin 1938 a modifié les art. 859 et 860 du Code Civil.

tageable et l'opération s'analyse en un effacement rétroactif des droits du donataire; l'article 865 prévoit d'ailleurs que l'immeuble revient à la succession franc et quitte de toutes charges. C'est donc que l'aliénation n'est que provisoire et que les co-héritiers du donataire conservent un droit sur l'objet donné droit d'en exiger la remise à la succession du donateur.

Or la donation litigieuse fait échec à ces principes quoique faite en avancement d'hoirie et par suite provisoire, quoique l'immeuble donné entre vifs doit figurer dans la succession du donateur et que la consolidation du droit du donataire soit subordonnée à la réalisation d'un événement futur et incertain, le prédécès du donateur, il a été stipulé que le donataire acquerrait la propriété incommutable du bien donné et que le rapport en nature, exigible puisque la donation est faite à titre d'avancement d'hoirie, serait remplacé par le rapport d'une somme fixée forfaitairement. Les parties ont donc dérogé contractuellement et par avance aux règles de la dévolution successorale; le donateur a concédé au donataire un droit privatif sur un des éléments de sa succession à venir et mis en échec le droit de ses héritiers d'exiger le rapport en nature de l'immeuble donné, immeuble qui, nous insistons sur ce point, doit être considéré comme figurant dans la succession du donateur.

Telle était l'argumentation produite à l'appui du pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Nîmes du 29 février 1932 qui avait écarté les prétentions du frère du donataire. Il faut ajouter, pour être exact, qu'elle pouvait s'appuyer sur un moyen qui précédemment avait été développé devant la Cour de Riom, dans l'affaire de CLAIRVAL précitée. Il faut, pour cela, se souvenir qu'antérieurement à la loi du 7 février 1938, modifiant l'article 922 du Code Civil, les biens donnés entre vifs devaient être estimés selon leur état au moment de la donation et leur valeur au temps du décès du donateur. Or la clause de dispense partielle de rapport constitue une estimation forfaitaire de la valeur de l'immeuble donné au moment de la donation, par suite ne parvient-elle pas à substituer au mode de partage légal une réglementation conventionnelle et anticipée, c'est-à-dire une renonciation par l'un des successibles — entendons le donataire — à un droit héréditaire et par suite à s'analyser en un pacte sur succession future ?

Ce faisceau d'arguments paraît extrêmement sérieux, cependant la jurisprudence refuse de voir dans l'opération un pacte prohibé et sans même recourir à un texte qui, à l'image de l'article 1868, apporterait une nouvelle exception à la prohibition, texte qui nous le constaterons par la suite, existe dans le Code Civil, elle s'en tient à l'analyse juridique des éléments de l'opération. Cette attitude a déterminé une partie de la doctrine à conclure à un certain relâchement de la rigueur témoignée traditionnellement par la Cour Suprême à l'égard des pactes sur succession future. Nous ne pensons pas, pour notre part, que cette conception soit juste, tout au moins en ce qui concerne la matière de la donation dispensée partiellement de rapport et nous estimons que peu importe, en présence d'un texte formel, l'analyse susceptible d'être adoptée.

SECTION II — DISCUSSION DES ARGUMENTS PROPOSÉS A L'APPUI DE LA NULLITÉ

L'argument fondamental de la thèse de la nullité consiste à soutenir que les parties ont stipulé sur un bien destiné à figurer dans la composition active d'une succession à venir. C'est donc sur le second élément du pacte prohibé, l'élément successoral que va porter principalement la discussion. L'élément conventionnel ne souffre aucune difficulté puisque la clause de dispense partielle de rapport est incluse dans une donation; quant à l'élément éventuel, nous n'aborderons son examen, conformément au plan que nous avons coutume de suivre, qu'autant que nous aurons répondu par l'affirmative à la première question posée : les parties ont-elles stipulé sur un bien destiné à figurer dans la succession à venir du donateur ?

§ 1. — ETUDE DE L'ELEMENT SUCCESSORAL

Les partisans de la nullité de la clause s'appuient sur le caractère essentiellement provisoire de la donation immobilière faite en avancement d'hoirie; par l'effet du rapport en nature exigible avant la législation de 1938, l'immeuble est remis dans la masse partageable et peut être à la suite des opérations de liquidation attribué à un héritier autre que le donataire.

Cette analyse est impeccable, mais nous doutons qu'elle puisse s'appliquer à notre hypothèse, car elle semble admettre qu'avant 1938, la donation faite en avancement d'hoirie était toujours rapportable en nature. Cette conception est fautive, car même à cette époque, il était admis que la dispense de rapport en nature était licite et de nombreuses décisions de jurisprudence avaient même validé la clause par laquelle le donateur dispensait le donataire de tout rapport, en substituant au rapport en nature celui d'une somme fixe, ou encore, laissait au donataire le libre choix entre le rapport en nature et le rapport en moins prenant. Sans doute les moyens invoqués par les plaideurs étaient étrangers au domaine des pactes sur succession future, mais les juges n'eussent pas manqué de relever une infraction quelconque à la prohibition, celle-ci étant d'ordre public (1).

Il serait d'ailleurs imprudent d'affirmer que le seul principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs s'oppose au caractère provisoire de la donation et par suite à l'admission de l'élément successoral. Le principe de l'irrévocabilité s'entend d'une manière spéciale;

(1) Consulter : Req. 11 février 1879 — D. P. 1879 — 1 — 297.

Req. 28 juin 1882 — D. P. 1885 — 1 — 27.

Civ. 7 juillet 1890 — D. P. 1890 — 1 — 301.

la clause de retour n'est prohibée que dans la mesure où la révocation risque de provenir de la seule volonté du donateur. Mais en notre hypothèse, la révocation de la donation ne pourrait provenir que d'un élément futur et incertain, le décès du donateur et l'ouverture de sa succession, entraînant la remise de l'immeuble donné dans la masse partageable. Raisonner autrement serait admettre que l'obligation du rapport en nature constitue pour le donateur un moyen déguisé de révoquer la donation. S'il est exact que ce mode de rapport s'analyse en une révocation de la donation et à ce propos, il suffit de lire l'article 865 déclarant que l'immeuble donné revient dans la succession du donateur franc et quitte de toutes charges créées par le donataire, cette révocation est d'un caractère exceptionnel et validée expressément par la loi.

Donc ne nous efforçons pas de soutenir que le caractère définitif de la donation en avancement d'hoirie résulte du principe de l'irrévocabilité; en réalité, si le rapport doit avoir lieu en nature, la donation est essentiellement révocable et le dessaisissement immédiat du donateur n'y fait nullement obstacle. Le donataire devient propriétaire du bien donné, mais son droit est subordonné à la réalisation d'un événement futur et incertain, sa venue à la succession, (l'héritier renonçant n'étant pas tenu du rapport) et les résultats du partage. L'immeuble donné est donc destiné éventuellement à figurer dans une succession à venir. Mais devons-nous appliquer le même raisonnement à l'hypothèse d'un immeuble rapportable au moins prenant.

Quel est en effet le sens de la clause de dispense partielle de rapport, sinon le droit conféré au donataire de rapporter l'immeuble à lui donné en moins prenant et non en nature ? Non seulement le donataire rapportera en moins prenant, mais il ne fera que pour partie, le surplus lui étant donné par préciput et hors part. La clause litigieuse ne peut donc s'analyser qu'en une dispense de rapport en nature, opposable aux héritiers, même avant le décret-loi du 17 juin 1938. Or le but du rapport en nature est justement d'éviter au donataire la remise du bien donné dans la succession du donateur et ne pas soumettre sa dévolution aux aléas du partage. Le dessaisissement immédiat du donateur a donc pour conséquence, dans l'hypothèse d'un rapport en moins prenant, la transmission au donataire d'un droit de propriété incommutable. L'immeuble est définitivement exclu de la masse partage, sans doute il sera tenu compte de sa valeur au cours des opérations de liquidation afin de l'imputer sur la part du donataire, mais d'une manière purement fictive, purement comptable et en tout état de cause il demeurera dans le patrimoine du donataire.

Voici donc comment nous estimons possible, à la lumière de la distinction du rapport en nature et du rapport en moins prenant, en nous fondant sur leurs différences dans la nature et dans les effets, de démontrer que la stipulation de dispense partielle de rapport ne concerne pas un bien dont le donataire n'a que la propriété provisoire et qui figurera éventuellement (sauf renonciation du donataire) dans la succession du disposant. Nous ne prétendons d'ailleurs pas que la donation même dispensée de rapport en nature soit absolument irrévocable. Il est un domaine où le donataire risque toujours d'être dépouillé de son bien, c'est celui des règles de la réserve et de la quotité disponible. Si l'immeuble donné porte at-

teinte aux droits des héritiers réservataires, l'action en réduction peut être intentée, nonobstant toute dispense de rapport en nature et le bien revenir dans la succession du donateur. Mais ce n'est là qu'un élément caractéristique de la libéralité entre vifs. Si nous étions désireux de développer notre raisonnement jusqu'à l'absurde, nous devrions décider que toute donation entre vifs faite par un ascendant constitue un pacte sur succession future, puisque par l'effet de l'éventualité de l'exercice de l'action en réduction, le bien donné risque de revenir dans la succession du donateur. Il est aisé ensuite de conclure que les parties ont stipulé sur un élément destiné à figurer dans une succession non ouverte.

Nous reconnaissons que l'analyse que nous venons d'exposer est délicate, elle n'en est pas moins exacte dans sa tentative pour différencier les effets du rapport en nature de ceux du rapport en moins prenant et pour limiter une extension dangereuse de la notion de pacte sur succession future. Mais n'existe-t-il pas d'autres moyens de valider la clause de dispense partielle de rapport, sans recourir à une analyse que d'aucuns prétendraient artificielle ?

§ 2. — NATURE JURIDIQUE DE L'OPERATION

Abandonnant la discussion de l'élément successoral nous devons désormais rechercher une qualification susceptible de valider la dispense partielle de rapport, sans toutefois la dénaturer. On pourrait songer à l'analyser soit en une vente à terme, soit en une donation avec charge.

Cette idée fut développée par le Conseiller Paul DUMAS dans son rapport reproduit sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 mars 1936 « le donateur, disait-il, ne règle pas de concert avec le donataire le sort d'un bien dépendant de sa succession puisque ce bien sort définitivement de son patrimoine; il fait en réalité une donation avec charge ou si l'on veut une vente moyennant un prix déterminé, étant stipulé que charge ou prix sera exigible seulement au décès du donateur ou vendeur et au profit de son héritier ».

Nous reconnaissons volontiers que les opérations ainsi décrites sont juridiquement correctes; en particulier, la vente à terme dont le paiement du prix est reporté au décès du vendeur est licite, puisque les droits de l'acheteur et du vendeur naissent immédiatement, seule l'exigibilité du prix est retardée jusqu'à la survenance d'un terme incertain. Il pourrait même se produire une déchéance du terme au cas où l'acheteur viendrait à tomber en déconfiture ou en faillite. Mais cette qualification n'est pas applicable à la donation avec dispense partielle de rapport car elle dénature entièrement le caractère gratuit de l'acte et nous conduit à considérer le montant du rapport comme le prix de l'objet donné, ce qui est extrêmement arbitraire. Les auteurs doutent en général que la stipulation du rapport en moins prenant fasse dégénérer la donation en acte à titre onéreux (1). D'ailleurs l'*animus donandi* qui a inspiré le

(1) PLANIOL et RIPERT — T. 5 n° 328 p. 345.

BEUDANT T. 6 n° 9 n. 11.

geste du donateur s'oppose à l'existence d'un *negotium* entre les parties. La donation faite en avancement d'hoirie avec stipulation de rapport en moins prenant demeure en tout état de cause un acte à titre gratuit en ce qu'elle est indicative de part, c'est-à-dire qu'elle permet au donataire de jouir immédiatement de tout ou fraction de sa part héréditaire, et en ce qu'elle réalise un dépouillement immédiat et irrévocable du donataire. Ces caractères se retrouvent à *fortiori* quand l'obligation de rapport n'est que partielle, autrement dit quand un élément de l'immeuble donné est attribué au donataire par préciput et hors part.

Nous espérons ainsi avoir suffisamment persuadé le lecteur de la nature juridique de la donation avec dispense partielle de rapport; une variété de libéralité qui quoique faite en avancement d'hoirie, et cela même avant le décret loi du 17 juin 1938, échappait aux règles du rapport en nature et qui réalise un transfert immédiat et irrévocable du bien donné dans le patrimoine du donataire. L'aliénation n'est nullement provisoire, elle est définitive; l'immeuble donné ne figurera pas dans la succession à venir du donateur, ou plus exactement il n'y figurera, par le jeu du rapport en moins prenant, que sur le papier, pour faciliter le règlement du partage et égaliser les droits des co-héritiers. Mais cela n'empêche que le donataire ne soit devenu définitivement propriétaire du bien, objet de la donation. Par suite les parties n'ont pu traiter sur des droits héréditaires futurs. Elles ont fait une convention qui en retour de la transmission actuelle et perpétuelle de certains droits présents détermine les conditions auxquelles cette transmission est soumise. Nulle part nous n'avons trouvé trace d'un pacte sur succession future.

S'il était encore des auteurs pour douter de l'exactitude des considérations que nous venons d'exposer, nous ajouterions qu'en tout état de cause la dispense partielle de rapport doit être déclarée licite, car elle se trouve validée expressément par la loi. Peu importe dès lors qu'elle constitue ou non un pacte sur succession future; nous avons vu d'ailleurs que l'article 1868 du Code Civil apportait quelques exceptions à la généralité de la prohibition. En notre hypothèse, l'article 843 autorise expressément le donateur à dispenser le gratifié de tout rapport, dans les limites de la quotité disponible. Comment donc ne pas admettre que le donateur est en droit de ne l'en dispenser que partiellement ? Sinon, nous aboutirions à un véritable paradoxe : la loi autoriserait la donation en avancement d'hoirie, inversement elle permettrait la dispense totale de rapport, mais par contre interdirait au donateur de limiter l'étendue de l'obligation du donataire.

La jurisprudence semble d'ailleurs fixée d'une manière définitive en faveur de la validité de la clause de rapport partiel. Postérieurement à l'arrêt du 2 mars 1936, le tribunal de SAINT-ETIENNE a dû statuer sur une hypothèse sensiblement analogue, par un jugement du 14 octobre 1937 (1) déjà cité et que nous retrouverons. Deux époux auraient fait donation à leur fille d'une usine, en stipulant que le rapport n'aurait pas lieu en nature, mais moyennant une somme fixée forfaitairement à 35.000 fr., le surplus étant attribué

(1) Déf. Rép. Périodique 1938 p. 42.

à la donataire par préciput et hors part. Lors de la liquidation de la succession d'un des donateurs, l'acte fut attaqué par les co-héritiers de la donataire comme constituant un pacte sur succession future. Le tribunal rejeta les prétentions des demandeurs et reprit à peu près textuellement les attendus de l'arrêt du 2 mars 1936; la donation même faite en avancement d'hoirie emporte dessaisissement actuel et irrévocable du donateur. Les parties contractantes n'ont donc pas pu traiter sur des droits héréditaires futurs et en substituant à l'obligation de rapporter en nature l'immeuble donné le paiement à la succession d'une somme fixée forfaitairement à 35.000 fr., elles n'ont fait que régler les conditions auxquelles était soumise la transmission définitive du bien.

Ayant ainsi précisé la nature juridique de la clause de dispense partielle de rapport, demandons dans une section troisième extrêmement brève, à quel moment et dans quelles formes elle peut valablement intervenir.

SECTION III — A QUEL MOMENT ET EN QUELLES FORMES PEUT INTERVENIR LA DISPENSE PARTIELLE DE RAPPORT ?

Cette question a fait l'objet d'un arrêt de la Chambre Civile du 10 mars 1941 (1) et c'est à la lumière des enseignements de cette décision que nous allons l'étudier.

La Veuve AUFUVRE est décédée en août 1933 laissant deux enfants, Louise, épouse GAMAT, et Charles. Au cours des opérations de partage, celui-ci réclame à sa sœur le rapport en moins prenant de la valeur au jour de l'ouverture de la succession d'un immeuble que le de cujus avait donné à sa fille en 1898, en avancement d'hoirie, et qui le 10 novembre 1906 avait été vendu par la donataire à un tiers.

Etant donné la date de l'ouverture de la succession, la Cour devait appliquer la législation antérieure à 1938. Le rapport en moins prenant était donc de la valeur de l'immeuble au jour du décès, le rapport en nature n'étant plus exigible du fait de l'aliénation consentie par le donataire (2).

(1) Ch. Civile — 10 mars 1941 — Dal. analytique 1941 Jurisp. p. 145.

(2) Depuis le décret-loi du 17 juin 1938 il semble que l'aliénation, de l'immeuble par le donataire ne lui permet pas d'exciper du droit à le rapporter en moins prenant, si tout au moins le donateur a précisé que le rapport aurait lieu en nature, et non en moins prenant, comme il est désormais de règle; en effet, l'obligation de rapporter en nature doit être expressément visée dans l'acte de donation; le tiers acquéreur a par suite la possibilité de se renseigner sur les risques de l'opération entreprise.

Mais à cette prétention de son co-héritier, la donataire opposait une convention intervenue quelques jours après la vente de l'immeuble, exactement le 20 novembre 1906, aux termes de laquelle la veuve AUFAUVRE donatrice avait tacitement substitué une obligation de rapport mobilier fixé forfaitairement à la somme de 50.000 fr. à l'ancien rapport immobilier en nature, devenu impossible puisque l'immeuble donné avait été aliéné. L'opération était donc identique à celle que nous venons de rencontrer dans l'affaire de CRUSSOL d'UZES, avec cette différence que la dispense partielle de rapport, au lieu d'être insérée dans l'acte de donation, est intervenue postérieurement par acte séparé.

La Cour de Cassation n'a pas nié que la dispense de rapport puisse intervenir par acte séparé; il existe d'ailleurs un texte formel en ce sens, l'article 919 alinéa 2. Mais ce même texte exige que cet acte séparé emprunte les formes des donations entre vifs ou des testaments (1). Or, dans notre hypothèse, la convention de novembre 1906 ne s'était pas conformée à ces exigences. Elle ne pouvait être qualifiée de testament, puisque cet acte est essentiellement unilatéral et révocable, et d'autre part ne constituait pas non plus une donation entre vifs, cet acte étant entouré de formes solennelles, présence d'un second notaire ou de deux témoins instrumentaires aux termes de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an X modifié par la loi du 12 août 1902. Donc, la dispense partielle de rapport était nulle pour vice de forme et le rapport en moins prenant exigible pour la totalité de la valeur de l'immeuble.

En résumé, la dispense partielle de rapport peut intervenir soit dans l'acte de donation, soit par acte séparé, mais en ce cas elle doit obéir aux formes des libéralités entre vifs ou des testaments. Sinon elle est nulle pour vice de forme.

Il semble d'ailleurs que la question que nous venons d'étudier se posera dans l'avenir moins fréquemment que ces dernières années, depuis que le décret-loi du 17 juin 1938 a modifié les articles 859 et 860 du Code Civil et généralisé en matière immobilière le rapport en moins prenant. Les difficultés provenaient, en effet en majeure partie, de l'analyse du rapport en nature en une résolution de la libéralité remplaçant le bien donné dans la succession du disposant. Mais le problème demeure intéressant car il témoigne de cette tendance de la pratique contemporaine d'élargir démesurément la conception du pacte sur succession future.

**

Avant d'aborder l'étude des pactes sur la succession d'autrui, résumons les idées générales que nous sommes désormais en mesure de dégager de cet examen des pactes sur sa propre succession.

L'élément conventionnel et l'élément successoral ne souffrent en général aucune difficulté sérieuse; par nature le pacte prohibé se présente sous la forme d'un contrat entre le promettant et le bénéficiaire. Quant à l'élément successoral il est lui aussi relativement facile à discerner; il consiste dans le fait pour les parties de

(1) PLANIOL et RIPERT — T. IV — n° 577.

stipuler sur un bien, non pas en tant qu'il constitue un élément du patrimoine actuel du promettant, mais qu'il figurera dans une succession à venir. Cette distinction est mise tout particulièrement en lumière dans l'hypothèse de la promesse de vente réalisable au décès du promettant. D'autre part, la discussion que nous venons de développer au sujet de l'existence de l'élément successoral dans la clause de dispense partielle de rapport ne prouve nullement qu'il peut être parfois malaisé d'en déceler la présence dans le pacte sur succession future. L'acte litigieux ne réunit pas, en effet, les conditions requises par le pacte prohibé.

Quant au troisième élément, comment le déterminer ? Devons-nous admettre, à l'instar de quelques auteurs (1), que le titre successif mieux que le droit éventuel attribué au bénéficiaire constitue le véritable critère du pacte sur succession future. Nous en doutons, si nous pensons que la notion de titre successif évoque à la fois un acte à titre gratuit et la concession d'un droit héréditaire à l'image de l'institution contractuelle. Or le pacte sur succession future, là même où sa qualification n'est pas discutée par la jurisprudence, n'a pas nécessairement pour effet de créer au profit du bénéficiaire un droit héréditaire. Rappelons-nous à ce propos la définition du pacte prohibé, énoncée dans l'arrêt de la Chambre Civile du 11 janvier 1933 : « Toute convention ayant pour objet d'attribuer tout ou partie d'une succession non ouverte à titre privatif ». Or le titre privatif et le titre successif notions essentiellement différentes ; le titre successif implique une qualité héréditaire qui peut être absente du titre privatif.

Nous serions par exemple favorable à l'existence du titre successif dans la matière de la clause d'accroissement pure et simple car il semble qu'en cette hypothèse le survivant se présente en qualité d'héritier des co-acquéreurs prédécédés. Par contre ce raisonnement ne saurait s'appliquer à la clause commerciale, déclarée nulle par la jurisprudence, où le bénéficiaire ne reçoit pas l'objet de la promesse à titre d'héritier, mais simplement d'acheteur à terme. Nous avons vu également que la clause de continuation de la société de personnes entre les seuls survivants constitue un pacte sur succession, mais que, néanmoins, elle était validée par les dispositions exceptionnelles de l'article 1868. Or est-ce à titre successif, à titre d'héritier que les survivants sont fondés à exiger la mise en œuvre de la clause ? Certainement non, ce ne peut être qu'en vertu des dispositions d'un contrat à titre onéreux dont ils sont les bénéficiaires. La concession à un tiers d'un droit privatif sur une succession non ouverte n'implique pas nécessairement au profit du cessionnaire l'attribution d'une qualité héréditaire. Sans doute, l'institué contractuel agit en vertu d'un titre successif, mais il est un véritable héritier, tandis que le bénéficiaire de la clause commerciale ou de la clause de la continuation de la société entre les associés survivants ne se présente qu'à titre de créancier en vertu des dispositions d'un contrat onéreux dont les effets demeuraient suspendus jusqu'au décès du promettant.

Aussi, ce n'est pas dans la notion de titre successif que nous nous

(1) ZIMMERMANN — thèse — Nancy — 1935.

proposons de rechercher le critère définitif du pacte sur succession; nous reprendrons d'ailleurs l'examen de ces problèmes délicats dans la conclusion de notre travail, mais reconnaissons dès maintenant qu'elle pèche par son étroitesse.

L'idée de droit éventuel paraît plus exacte : qu'il agisse à titre successif ou à titre de créancier, le bénéficiaire du pacte sur succession future n'a dans toutes les hypothèses, jusqu'au décès du de cujus qu'une simple espérance, dénuée de toute valeur patrimoniale et non susceptible de mesures conservatoires. Au contraire, le droit à terme, le droit conditionnel, tout en étant de nature inférieure, existent dès l'instant du contrat qui leur sert de base et font partie de la vie juridique. Tel est le trait spécifique de la convention prohibée, un simple espoir de droit qui ne prendra naissance qu'au décès du promettant, et la source de cette espérance, de ce droit éventuel, est justement le pacte sur succession future.

TITRE II

PACTES SUR LA SUCCESSION D'AUTRUI

La matière dont nous abordons l'étude va nous éloigner provisoirement du domaine des successions pour nous rapprocher de celui des obligations. Ce n'est plus désormais le de cujus lui-même qui attribue un droit privatif sur sa succession à venir, c'est l'héritier présomptif qui concède à un tiers des droits également privatifs sur une succession qu'il espère recueillir un jour.

Plus peut-être que les pactes *de succedendo*, les pactes *de hereditate tertii* se présentent sous un aspect aléatoire. Ils apparaissent comme une pure spéculation, car non seulement la consistance de la succession envisagée est incertaine et peut varier, mais l'héritier peut prédécéder (1) ou renoncer à la succession, entraînant par là même l'anéantissement du droit du bénéficiaire. Ils sont donc une source de lésion pour le fils de famille pressé d'argent, et harcelé par les usuriers qui profiteront justement du caractère aléatoire de l'acte, pour acheter à vil prix une hérédité importante.

L'admission des pactes sur la succession d'autrui en législation pourrait donc conduire à ce spectacle désastreux d'un héritier dépouillé dans un moment d'égarement de l'universalité du patrimoine familial au profit d'usuriers ou de spéculateurs. Conséquence néfaste s'il en est, mais qui n'est pas la seule, car la prohibition des pactes sur succession future n'entend pas simplement protéger des intérêts particuliers, elle est soucieuse de se hausser en théorie, serions-nous tenté d'écrire, sociale. La convention sur la succession d'autrui est en effet éminemment dangereuse; elle encourage dans la pensée de l'acquéreur de l'hérédité à venir le *votum mortis*, source de tant de maux, écrivaient nos anciens auteurs, et contre lequel, dès le Droit Romain, les jurisconsultes avaient violemment et effacement réagi *Omnes hujus modi pactiones odiosae esse videntur*

(1) Le prédécès du cédant n'est pas nécessairement une cause d'anéantissement du droit du cessionnaire (en admettant que le pacte sur la succession d'autrui soit licite); l'obligation de céder l'hérédité à venir fait en effet partie de sa succession, et se trouve recueillie par ses héritiers acceptants qui, à leur tour, peuvent être tenus d'exécuter l'obligation de leur auteur.

et plenae tristissimi periculosi eventus dispose l'Edit de Pactis (1) et Portalis ne déclarait-il pas devant le Corps Législatif, lors de la discussion de l'article 1600 « la cupidité qui spéculé sur les jours d'un citoyen est souvent bien voisine du crime qui peut les abrégé » (2).

Le caractère à la fois indécent, dangereux et aléatoire des pactes sur la succession d'autrui justifie leur disparition à peu près complète en droit moderne. Si la pratique témoigne de quelques résistances, c'est sous une forme nuancée et dont l'analyse est délicate. Souvent aussi le pacte sur la succession d'autrui dissimule une renonciation à un droit héréditaire.

Néanmoins la jurisprudence contemporaine sur cette matière, présente suffisamment d'éléments pour nous autoriser à lui consacrer d'assez amples développements. En trois chapitres, d'importance d'ailleurs inégale, nous examinerons les conventions portant sur les droits résultant d'une substitution, l'intervention anticipée des successibles dans le règlement de la succession de leur auteur et le mandat d'accepter une succession ou d'y renoncer.

(1) Code Justinien — Livre II titre III — 30 § 2 (de pactis).

(2) Locré — Lég. Civ. Com. Crim. T. 14 p. 150 et s. note 20.

CHAPITRE PREMIER

LES CONVENTIONS PORTANT SUR LES DROITS RESULTANT D'UNE SUBSTITUTION

SECTION I — NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES SUBSTITUTIONS

Dans cette section préliminaire, après avoir défini la substitution et précisé les différences qu'elle présente avec d'autres libéralités, nous exposerons les motifs de leur prohibition et les problèmes qu'elle suscite dans le domaine des pactes sur succession future.

§ 1. — DEFINITION (1)

Une substitution fidei commissaire est une donation, ou plus fréquemment un legs, accompagné de la charge pour le donataire ou le légataire, dit grevé de substitution, de conserver les biens donnés durant toute sa vie, et de les rendre en mourant à un second bénéficiaire qui lui est substitué par le disposant (et qu'on nomme appelé), c'est-à-dire appelé à bénéficier de la substitution bénéficiaire qui peut ne pas être conçu au moment du décès du disposant. Le plus souvent en effet le grevé est chargé de restituer les biens à ses propres enfants ou descendants, ou à l'un d'eux en particulier.

Le but de la substitution fidei commissaire, dans l'esprit du disposant, est de régler la dévolution héréditaire des biens qu'il donne, en déterminant par sa seule volonté les héritiers qui recueilleront

(1) COLIN et CAPITANT — T. III n° 1249 et suivants.

BOUZAT — Droits du grevé et de l'appelé. — dans la substitution permise. — Thèse Paris 1931.

lesdits biens au décès du gratifié, et cela même pendant plusieurs générations. Il peut en effet exister une substitution graduelle, à plusieurs degrés, et dans laquelle le disposant imposerait à celui ou à ceux qu'il désigne comme appelés la charge de conserver et de rendre à leur décès les biens donnés à de nouveaux appelés et ainsi de suite.

La substitution fidei commissaire ainsi définie doit être soigneusement distinguée de deux libéralités avec lesquelles elle présente certaines affinités; nous faisons allusion à la substitution vulgaire et au double legs conditionnel.

On entend par substitution vulgaire la disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne le recueillerait pas (article 898 du Code Civil). Cette institution, à la différence de la substitution fidei commissaire ne contient pas une double libéralité successive, mais désigne simplement et subsidiairement un second gratifié pour le cas où le premier, pour une cause quelconque, ne pourrait pas recueillir les biens. Elle ne peut donc déroger à l'ordre successoral et rien, par suite, ne s'oppose à sa validité.

Le double legs conditionnel est une opération plus délicate à analyser: fréquemment d'ailleurs, la pratique l'a utilisé pour éluder la prohibition des substitutions fidei commissaires. Le Code Civil ne l'a pas prévu et c'est la pratique notariale qui l'a inventé et généralisé.

Le testateur, par exemple, institue son fils comme légataire universel et stipule que si celui-ci meurt sans enfants, les biens légués reviendront à sa sœur ou aux enfants de sa sœur. L'opération se décompose donc en deux legs, le premier affecté d'une condition suspensive, le second affecté d'une condition résolutoire. Mais il existe entre cette disposition et la substitution fidei commissaire une différence d'ordre juridique: la substitution comprend en effet deux hérédités successives, tandis que le double legs conditionnel se résoudra au décès du premier légataire en une seule libéralité. De deux choses l'une: si la personne instituée légataire laisse des enfants, le second legs ne s'ouvrira pas; si elle n'en laisse pas, le premier legs se trouvera rétroactivement résolu et le second seul produira des effets. Par suite, le second légataire sera considéré comme ayant toujours été propriétaire des biens depuis le décès du testateur et les droits réels nés de son chef à dater de ce jour frapperont lesdits biens. Mais cette différence purement juridique est extrêmement fuyante et il faut reconnaître que la conception du droit conditionnel adopté par la jurisprudence en matière de substitution fidei commissaire n'a pas contribué à éclaircir la distinction.

§ 2. — MOTIFS DE LA PROHIBITION

Les substitutions fidei commissaires se répandirent sous l'Ancien Régime, dans les familles nobles où elle étaient destinées à maintenir et à accroître l'éclat et la splendeur du nom. Vivement critiquées dès la fin de l'Ancien Droit, elles furent interdites sous la Révolution par le décret des 25 octobre — 14 novembre 1792

qui, non seulement les prohiba pour l'avenir mais abolit les substitutions faites antérieurement à la publication du décret.

Le préjugé nobiliaire détermina les rédacteurs du Code Civil à maintenir la prohibition. L'article 896 à cette fin dispose : « les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire ». La sanction est donc particulièrement sévère, puisqu'en droit commun les conditions illicites jointes à une libéralité sont, conformément à l'article 900 réputées non écrites. Dans l'hypothèse de la substitution, non seulement la charge de rendre est dénuée de tout effet, mais la libéralité elle-même est frappée d'une nullité d'ordre public.

Quels sont donc les motifs de la prohibition ? Ils sont d'ordre juridique, d'ordre politique et d'ordre économique.

Le motif juridique résulte du principe que l'on ne peut disposer en faveur d'une personne non encore conçue. Or nous avons vu que l'appelé peut ne pas être conçu à l'instant du décès du disposant. Effectivement l'article 906 pose comme condition *sine qua non* de la validité de toute libéralité, l'existence au moment de l'acte de la personnalité juridique du gratifié qui doit être né ou tout au moins conçu. Mais il était de tradition que les substitutions dérogeassent, par leur essence, à ce principe, et il ne semble pas, d'après les travaux préparatoires de l'article 896 que ce motif ait sérieusement influé sur la détermination des rédacteurs du Code Civil.

Le véritable fondement de la prohibition est d'ordre politique et d'ordre économique. Au point de vue politique, l'institution des substitutions fidei commissaires serait en opposition avec le principe proclamé par le Code Civil, de l'égalité des enfants à la succession de leurs parents. L'admission des substitutions, en droit positif, telles qu'elles étaient conçues par l'Ancien Régime, aboutirait inéluctablement à la résurrection du droit d'aînesse et du privilège de masculinité.

Au point de vue économique, l'indisponibilité dont sont frappés les biens grevés de substitution n'est pas favorable à leur bonne administration. Le grevé, réduit au rôle de simple usufruitier ne peut être tenté de les améliorer. Enfin ces biens peuvent constituer une source d'enrichissement, et il serait contraire à l'intérêt général de les soustraire à la libre circulation pendant la durée de plusieurs générations.

Par exception, toutefois, le Code Civil a autorisé les substitutions, mais au premier degré seulement, dans les deux hypothèses suivantes :

— l'article 1048 permet aux père et mère qui redoutent la prodigalité de leur fils de lui imposer la charge de conserver les biens qu'ils lui laissent, dans la mesure de la quotité disponible, et de les rendre à tous ses enfants nés ou à naître sans distinction.

— De même, aux termes de l'article 1049, une personne sans enfant peut laisser ses biens à son frère ou à sa sœur, en chargeant ceux-ci de les restituer à tous leurs enfants nés ou à naître.

Tels sont les deux seuls cas où de nos jours la substitution fidei commissaire est licite. Les exceptions que nous venons d'énoncer

ne présentent d'ailleurs aucun des inconvénients des anciennes substitutions. La substitution du Code Civil ne peut plus servir à des fins nobiliaires ou d'inégalité. Elle n'est qu'un moyen, dans le cercle des affections familiales, de protéger les petits-enfants ou les neveux contre l'esprit de prodigalité de leurs père et mère.

§ 3. — COMMENT SE POSE LE PROBLEME DU PACTE SUR SUCCESSION FUTURE

Les notions générales que nous venons d'exposer sur les substitutions fidei commissaires nous ont permis de constater qu'il est indispensable pour le bon fonctionnement de l'institution de circonscrire exactement les droits respectifs du grevé et de l'appelé. Quelle est la nature de ces droits ? L'appelé durant la vie du grevé, n'a-t-il qu'une simple espérance, un droit successoral ou bien un véritable droit conditionnel ? Et inversement, le grevé est-il réduit au rôle d'usufruitier, ou est-il réellement propriétaire des biens compris dans la substitution ? C'est de la réponse que nous ferons à cette question que dépendra l'immixtion si l'on peut s'exprimer ainsi, de la matière des pactes sur succession future dans le domaine des substitutions permises. En effet, si nous décidons que le droit de l'appelé n'est qu'éventuel, nous lui interdisons de disposer de ce droit du vivant du grevé. Si, à l'inverse, nous estimons que l'appelé est dans la situation d'un propriétaire sous la condition suspensive du prédécès du grevé et que par le jeu de cette condition, son droit rétroagit à partir de la donation ou du testament, nous l'autoriserons, même durant la vie du grevé, à conclure des conventions sur son droit, sans enfreindre la prohibition des pactes sur succession future.

Telles seront les conséquences de la solution adoptée. L'existence du pacte sur succession future est subordonnée à la conception que l'on peut se faire des droits respectifs du grevé et de l'appelé. La jurisprudence est favorable à la théorie du droit conditionnel ; la doctrine par contre, défend la thèse du droit successoral. Cette divergence d'interprétation constituera le cadre de l'étude qui va suivre.

Mais le sujet de notre thèse nous oblige à ne traiter qu'une seule face du problème : celle du droit de l'appelé. La personnalité du grevé demeure, en effet, étrangère à la matière des pactes sur succession future.

SECTION II — THÉORIE DU DROIT CONDITIONNEL

Cette théorie est soutenue par une fraction importante de la doctrine (1) et par l'unanimité de la jurisprudence contemporaine

(1) AUBRY et RAU — COLIN et CAPITANT,

(1). Elle analyse le droit du grevé, jusqu'à l'ouverture de la substitution en une propriété sous condition résolutoire; inversement, l'appelé est propriétaire sous condition suspensive, tenant ses droits, non du grevé, mais de l'auteur de la libéralité. Les conséquences de cette conception sont extrêmement importantes en ce qui concerne la validité des conventions conclues par l'appelé sur son droit et, partant, la notion de pacte sur succession future.

§ 1. — LES FAITS ET LEUR INTERPRETATION

La jurisprudence qui, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, adoptait la thèse du droit successoral, s'orienta définitivement vers la conception du droit conditionnel à partir de l'arrêt de principe de la Chambre Civile du 10 juin 1918 (2).

La dame Veuve BOURDON, décédée le 26 septembre 1873 avait, par testament en date du 20 juillet 1865, légué la quotité disponible à sa fille Alice, veuve CLOGENSON à charge pour celle-ci de les restituer à ses enfants. La dame CLOGENSON décéda le 14 juin 1913, laissant comme héritière appelée une fille unique? Or, il se trouvait que celle-ci, par acte du 15 octobre 1908, avait cédé à un sieur COSTES, pour le prix de 5.000 fr., le droit de prélever par préférence sur les biens substitués la somme de 15.000 fr. La demoiselle CLOGENSON étant insolvable, un de ses créanciers intente contre l'acte susvisé une action en nullité, comme constituant un pacte sur succession future.

La Cour d'Appel de BOURGES, par un arrêt du 5 avril 1916 admit les prétentions du demandeur en considérant que la dame CLOGENSON, grevée, avait transmis les biens substitués à son héritière, lors de son décès, à titre successoral. Par suite, la convention de 1908 emportait cession d'un droit éventuel et tombait sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future.

La Chambre Civile cassa cet arrêt et décida que le droit de l'appelé était avant l'ouverture de la succession du grevé un droit conditionnel et non successoral, subordonné à la survie de l'appelé au grevé. L'appelé n'a pas vis-à-vis du grevé une vocation héréditaire; ce n'est pas du chef de celui-ci que l'appelé reçoit ses droits sur les biens substitués, mais du chef du disposant. Lors du décès du grevé, la rétroactivité de la condition fera que l'appelé sera considéré comme ayant été propriétaire des biens substitués depuis l'acte de donation ou le décès du testateur. Ce droit de l'appelé figure dans son patrimoine. Il est essentiellement cessible; l'appelé peut l'aliéner, y renoncer, sans encourir les sanctions de la prohibition.

Quelques années plus tard, cette jurisprudence favorable à la validité des conventions faites par l'appelé sur son droit allait être

(1) Requêtes 5 juin 1915 — D. P. 1919 — 1 — 50.

Civile 10 juin 1918 — S. 1922 — 1 — 25 — Note NAQUET.

PARIS — 14 janvier 1926 — D. P. 1928 — 2 — 9 — Note PLASSARD.

(2) S. 1922 — 1 — 21 — Note de M. NAQUET.

confirmée par un arrêt de la Cour d'Appel de PARIS du 14 janvier 1926 (1).

Dans cette nouvelle affaire, la quotité disponible avait été léguée par testament, avec clause de substitution au profit du petit-fils. Celui-ci pressé d'argent, cède ses droits héréditaires, après le décès du disposant mais du vivant du grevé, pour une somme dérisoire. Par la suite, il regrette son acte, et cherche à obtenir l'annulation de la cession du chef de pacte sur succession future. La Cour de PARIS écarte sa demande.

Avant l'ouverture de la substitution, déclare la Cour, le droit de l'appelé est un droit conditionnel, subordonné à la survie de l'appelé au grevé. Il procède directement du disposant et non d'une vocation à la succession du grevé, l'appelé ne devant pas recueillir du chef de celui-ci les biens, objet de la substitution. Le droit conditionnel peut être cédé et les actes de cession consentis par l'appelé avant l'ouverture de la substitution ne sont pas des pactes sur succession future prohibés par l'article 1130.

La conception enseignée par ces deux arrêts est donc extrêmement nette; elle fait aux droits de l'appelé une application rigoureuse de la théorie de la condition. Voyons maintenant avant d'en aborder l'étude critique, quelles sont les conséquences pratiques de cette jurisprudence.

§ 2. — CONSEQUENCES QUANT AUX DROITS DES APPELES

L'application de la notion de droit conditionnel à la vocation de l'appelé permet à celui-ci de stipuler librement sur son droit, de le céder à titre onéreux ou à titre gratuit. Néanmoins, il convient de faire une distinction.

Supposons que la substitution résulte d'une donation entre vifs : quelques auteurs, en particulier M. NAQUET, dans sa note au Sirey sous l'arrêt du 10 juin 1918, estiment que, même en admettant la théorie du droit conditionnel, l'appelé ne peut valablement céder son droit avant le décès du donateur. Cette conception nous semble erronée, et de plus méconnaît les conséquences exactes de la donation. Le donateur s'est en effet dépouillé actuellement et irrévocablement du bien donné qui ne figurera pas dans sa succession ; il est demeuré entièrement étranger à l'opération qui ne concerne plus désormais que les rapports du grevé et de l'appelé. Par suite, on ne saurait affirmer que l'appelé a traité sur un des éléments d'une succession à venir. La cession doit donc échapper à la prohibition de l'article 1130.

Si la substitution résulte d'un testament, il n'est pas douteux que la cession par l'appelé de ses droits, avant le décès du testateur constitue un pacte sur succession future. Les biens substitués sont en effet destinés à figurer dans la succession du disposant. Par contre, dès le décès du testateur, le droit conditionnel de l'appelé

(1) PARIS — 14 janvier 1926 — D. H. 1926 — 241.

D. P. 1928 — 2 — 9 — note PLASSARD.

naîtra et pourra valablement faire l'objet de conventions sans qu'il soit porté atteinte à la prohibition des pactes sur succession future.

Une seconde conséquence de la théorie du droit conditionnel est le droit pour l'appelé de concéder, durant la vie du grevé, une hypothèque sur un des immeubles substitués. Normalement, si nous adoptons la thèse inverse, celle du droit successoral, nous devrions admettre que cette opération constitue un pacte sur succession future. En effet, l'hypothèque des biens à venir est, en principe, interdite, au même titre que la vente d'une succession non ouverte. Elle n'est permise que dans des cas exceptionnels par l'article 2130 quand les droits du créancier sont insuffisamment garantis par les immeubles présents du débiteur. Les parties peuvent alors stipuler que les immeubles futurs du débiteur, seront, à mesure de leur entrée dans son patrimoine, frappés d'hypothèque. Mais l'inscription ne rétroagira pas au jour de la convention, elle ne produira d'effets qu'à partir de l'ouverture de la succession dont font partie les immeubles destinés à être hypothéqués.

La situation est profondément différente au cas d'une constitution d'hypothèque faite par l'appelé sur les biens substitués. L'appelé a la qualité de propriétaire sous condition suspensive; il a un droit actuel sur les immeubles compris dans la substitution et la rétroactivité de la condition le fera considérer comme ayant toujours été propriétaire des biens substitués. A son égard ces biens ne sont pas des immeubles futurs et l'article 2125 prévoit d'ailleurs que les droits immobiliers affectés de modalités diverses peuvent être hypothéqués, l'efficacité de cette hypothèque demeurant soumise à la consolidation du droit du constituant, par suite de la réalisation de la condition.

Mais à partir de quel moment l'hypothèque ainsi constituée prendra-t-elle effet ? à partir de la convention, ou seulement après l'ouverture de la succession du grevé ? Quelques auteurs, désireux de limiter les conséquences de la théorie du droit conditionnel estiment que l'hypothèque n'aura d'effet que du jour de l'ouverture de la succession, car la condition à laquelle est subordonné le droit de l'appelé ne serait pas rétroactive. On ne saurait donc prétendre que, même après la réalisation de la condition, le droit du grevé se trouve rétroactivement effacé. C'est ce qui explique peut-être que le rapporteur devant le Tribunal du titre consacré aux Privilèges et Hypothèques, GRENIER, ait enseigné le premier la non application de l'article 2125 au droit des appelés. Le grevé, seul, pourrait valablement constituer une hypothèque avant l'ouverture de la substitution.

Quoique nous ne soyons pas favorable à la conception du droit conditionnel, nous estimons que ses défenseurs doivent au moins en admettant toutes les conséquences. Sans doute l'article 2125 ne distingue pas suivant que la condition est rétroactive ou non, il n'en demeure pas moins, pour que l'hypothèque soit validée, que le constituant doit être considéré comme propriétaire du bien hypothéqué, à l'instant même de la constitution. Seule la rétroactivité de la condition peut justifier le droit de l'appelé de constituer une hypothèque sur les biens substitués; c'est la qualité de propriétaire

qui est à la source de ce droit du grevé, et non pas le simple espoir de le devenir plus tard, sans rétroactivité (1).

Le droit de l'appelé d'hypothéquer les immeubles substitués ne s'explique donc que par la rétroactivité de la condition, et cette rétroactivité fait que l'hypothèque prend naissance non pas au jour de l'ouverture de la substitution, mais dès la prise de son inscription. Mais l'efficacité de la convention demeure, conformément à l'article 2125, subordonnée à la réalisation de la convention, c'est-à-dire du prédécès du grevé.

Une troisième conséquence du droit conditionnel, en ce qui concerne la matière des pactes sur succession future, résulte de la possibilité pour l'appelé de renoncer au bénéfice de la substitution, du vivant même du grevé. L'article 791 ne prohibe en effet que les renoncations à des droits héréditaires; or le droit de l'appelé n'est pas héréditaire puisque déjà né et issu du disposant. Il faut en conclure que l'appelé peut valablement renoncer à son droit.

Cette opération peut d'ailleurs présenter un avantage et pallier dans une certaine mesure aux inconvénients économiques des substitutions. L'inaliénabilité des biens substitués peut, en effet, à la longue, devenir gênante pour le crédit du grevé, et partant, pour l'avenir de sa famille et des appelés eux-mêmes. Il suffit de supposer que le grevé soit dénué de ressources et qu'il désire créer un établissement aux appelés pour cause de mariage ou autrement. Si l'on valide la renonciation des appelés à leur droit on permet au grevé de se procurer des fonds par la vente des biens substitués désormais libres de toutes charges.

§ 3. — CRITIQUE DE LA THEORIE DU DROIT CONDITIONNEL

L'intérêt que nous venons de signaler en faveur de la théorie du droit conditionnel ne doit pas nous incliner à penser que cette théorie correspond à la nature exacte de la substitution permise. Celle-ci est avant tout une institution protectrice de la famille; elle ne peut devenir, sous risque de dénaturation, une source de profits aléatoires ou de spéculations.

Elle pêche d'autre part par un trop évident désir de logique, par le souci d'équilibrer les droits respectifs du grevé et de l'appelé et de les présenter, en définitive, comme destinés à s'affronter à la première occasion et non pas à s'appuyer mutuellement. Le grevé et l'appelé ne sont pas nécessairement en opposition; leur parenté étroite fait au contraire présumer une communauté d'intérêts. Il n'est donc pas souhaitable, en législation, d'organiser les droits de l'appelé de manière à susciter de multiples et incessants conflits familiaux. Tel est pourtant le résultat auquel on aboutirait avec la jurisprudence que nous venons d'exposer, sans ajouter qu'on méconnaît entièrement la volonté du disposant et qu'on dénature l'esprit de l'institution.

Pour plus de clarté, nous grouperons les critiques diverses que

(1) PLANIOL — RIPERT et BECQUET — XII p. 370 — n° 344.

nous paraît mériter la thèse du droit conditionnel sous trois rubriques : critiques d'ordre historique, critiques d'ordre juridique, critiques d'ordre social.

SOUS § 1. — CRITIQUES D'ORDRE HISTORIQUE

Les partisans de la conception du droit conditionnel se fondent en général sur les arguments de texte, le principal est déduit de l'article 28 du titre premier de l'ordonnance d'août 1747 sur les substitutions qui permettait à l'appelé de renoncer à ses droits au profit du grevé, à condition que cette renonciation fût faite par acte notarié (1). Seule était d'ailleurs autorisée la renonciation translatrice au profit du grevé; faites au profit de tiers leur validité était discutée, mais l'opinion dominante (2) penchait vers la négative. Quant aux renonciations purement abdicatives, elles étaient formellement interdites.

Mais le silence du Code Civil sur ce point incline à penser que ses rédacteurs ont volontairement omis de reproduire la disposition de l'ordonnance de 1747 et qu'ils ont estimé que désormais cette renonciation ne devait plus être tolérée. La substitution permise du Code Civil se présente, ne l'oublions pas, sous un aspect profondément différent des substitutions de l'Ancien Droit, tandis que le but des premières est d'ordre strictement familial, ce qui explique leurs exigences touchant à l'existence d'un lien de proche parenté entre le grevé et l'appelé, les secondes pourraient valablement être faites au profit d'étrangers. La renonciation de l'appelé à son droit apparaissait alors exclusive de toute crainte révérentielle et sans conséquences fâcheuses pour la solidité du patrimoine familial.

Il nous paraît donc inexact de conclure de la disposition précitée de l'ordonnance de 1747, à l'existence chez l'appelé d'un droit conditionnel, immédiat et non d'un droit éventuel. Ces notions étaient encore mal dégagées sous l'Ancien Droit et l'on ne peut se fonder sur un texte vieux de deux siècles et que les rédacteurs du Code Civil semblent avoir volontairement omis. Nous pouvons d'ailleurs invoquer à l'encontre de la conception du droit conditionnel la tradition historique rapportée par les Anciens Auteurs et pour ne citer que l'un d'entre eux, POTHIER (3) : « cette matière, écrit-il, se réduit à trois principes : l'héritier ou autre grevé de substitution est avant l'ouverture seul propriétaire des biens substitués » et plus loin « le substitué avant l'ouverture de la substitution, n'a aucun droit ferme par rapport au bien substitué mais une simple espérance. »

Passant aux conséquences des principes qu'il vient de poser, Po-

(1) FURGOLE : Sur l'ordonnance de 1747 — titre I art. 28 — éd. de 1767 p. 160 et s.

MERLIN Rép. de jurisprudence — voir substitutions — section XVII § VI p. 652 de la 5^e édition.

(2) FURGOLE p. 162.

(3) Traité des substitutions n° 153 éd. BUGNET T. 8, p. 505 et 506.

THIER déclare (1) « si le substitué meurt avant l'ouverture de la substitution, il ne transmet rien à ses héritiers, et la substitution devient caduque, car n'ayant aucun droit avant son ouverture, il n'avait rien qu'il pût leur transmettre. Cela a lieu quand même le testateur aurait ordonné par son testament que si le substitué mourait avant l'ouverture de la substitution, il la transmettait à ses enfants, car le testateur ne peut ordonner l'impossible et faire, quelque chose qu'il ordonne, qu'on puisse transmettre ce qui n'existe pas encore ».

La doctrine classique est également favorable à la conception du droit éventuel; citons un auteur particulièrement accrédité en ces matières, DEMOLOMBRE (2) : « Le droit de l'appelé n'est qu'un droit de succession. Le grevé est propriétaire *ad tempus*, tandis que l'appelé n'acquiert qu'une simple vocation héréditaire ». Quant au grand arrêliste LABBE, il écrivait (3) « les appelés ont des droits de succession, droits fortifiés par l'indisponibilité des biens, mais droits qui, en principe s'ouvrent seulement à la mort du grevé et sans rétroactivité. L'appelé n'a du vivant du grevé aucun droit ferme sur les biens substitués. Il a une simple espérance, une simple expectative. »

Nous n'insisterons pas plus longuement sur les arguments d'ordre historique qui militent en faveur de la théorie du droit éventuel et dévoient tout l'arbitraire de la conception du droit conditionnel. Celle-ci a été créée à la suite d'une interprétation erronée des textes du Code Civil; dans une matière comme la nôtre qui découle entièrement de la tradition historique, il est nécessaire de consulter le passé sous peine de dénaturer l'esprit de l'institution.

Or cet esprit réside dans la conservation du patrimoine familial, dans la protection de l'appelé contre ses propres entraînements, tous facteurs qui plaident pour un revirement de jurisprudence et pour l'admission du droit éventuel. C'est d'ailleurs ce que vont achever de nous montrer les autres critiques adressées à la théorie du droit conditionnel.

Sous § 2. — CRITIQUES D'ORDRE JURIDIQUE

L'application de la notion de condition résolutoire à la substitution permise est toute gratuite; non seulement, elle a pour résultat de confondre la substitution avec le double legs conditionnel, mais elle aboutit parfois à de véritables possibilités juridiques.

Le prédécès du grevé dans le système de la jurisprudence constitue vis-à-vis de l'appelé la réalisation d'une condition suspensive. La rétroactivité de cette condition a pour effet de faire considérer l'appelé comme seul propriétaire des biens substitués, soit depuis l'acte de donation, soit depuis l'ouverture de la succession du disposant. Tel est le mécanisme correct de la condition résolutoire.

(1) P. 513 — op. cit.

(2) Traité des donations entre vifs et des Testaments. T. I, n° 94, T. V, n° 599.

(3) Revue critique — 1885 p. 346.

Par suite, les droits du grevé disparaissent: il est censé n'avoir jamais été propriétaire des biens substitués. Finalement la substitution se résout en une seule libéralité et l'appelé tient ses droits non pas du grevé mais du disposant, le grevé n'est que l'intermédiaire, mais ne contribue en aucune sorte à la création du droit de l'appelé.

C'est justement cette analyse qui dénature la substitution fidei commissaire. Celle-ci se différencie de la substitution vulgaire et du double legs conditionnel en ce qu'elle contient deux libéralités successives, qui s'exécuteront l'une après l'autre. Le disposant a entendu créer un « *ordo successivus* » éviter que les biens substitués soient dilapidés par le grevé, afin que son patrimoine soit transmis intégralement à ses petits-enfants ou à ses petits neveux. Mais ce souci ne signifie nullement que le disposant n'ait pas voulu gratifier le grevé qui, au même titre que l'appelé, est un donataire. L'article 1045 est d'ailleurs formel en ce sens: « les biens dont les père et mère ont la faculté de disposer pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants ». Mais la propriété attribuée au grevé est limitée et la substitution se rapproche à ce point de vue de la clause d'inaliénabilité. Quant à la notion de condition résolutoire, elle comporte un aléa qui ne correspond pas aux caractères profonds de la substitution permise, dont le trait dominant demeure la sauvegarde du patrimoine familial.

La résolution de la substitution en une seule libéralité accroît d'autre part la confusion de cette institution avec le double legs conditionnel. Celui-ci également se résout, nous l'avons vu précédemment, en une seule libéralité. Comment désormais les distinguer ? Il est vrai que la condition essentielle de la validité du double legs conditionnel est que le bénéficiaire éventuel soit né ou conçu au moment du décès du testateur (1). Mais la substitution peut-elle aussi être faite au profit d'un appelé déjà existant. Comment alors distinguer les deux opérations, et sanctionner les conditions rigoureuses exigées par la substitution permise ?

Nous venons d'exposer la première objection d'ordre juridique que l'on peut adresser à la conception du droit conditionnel: l'impossibilité pratique de distinguer la substitution fidei commissaire du double legs conditionnel. Il en existe une seconde, fondée sur l'analogie existant entre la substitution et la donation cumulative de biens présents et à venir.

Dans cette institution contractuelle d'un genre spécial, le donataire est protégé contre les aliénations consenties par le donateur même à titre onéreux: il a donc la certitude que les biens présents lui reviendront, si tout au moins, au décès de l'instituant, il exerce son option en ce sens. Le droit de l'institué est donc dès le vivant

(1) Par exemple, le testateur lègue tel immeuble à X..., mais spécifie que si X... meurt sans enfant, l'immeuble sera attribué à Y... La condition réside alors dans le décès de X..., sans enfant, mais le résultat est identique à celui de la substitution. Cependant conformément à l'art. 906 le double legs conditionnel n'est valable que si Y... était né ou conçu lors du décès du testateur. Cette condition n'est pas requise s'il s'agit d'une substitution.

de l'instituant fixé dans sa quotité tandis que le droit de l'appelé est essentiellement incertain; il ne sera fixé définitivement qu'au jour du décès du grevé puisque c'est seulement à partir de ce jour que ne pourront plus naître de nouveaux appelés. Par sa nature, le droit du donataire de biens présents et à venir, semble donc plus aisément cessible que celui de l'appelé.

Mais telle n'est pas l'opinion de la jurisprudence qui estime que jusqu'au décès du donateur, les droits du donataire sont suspendus et n'existent qu'à l'état virtuel, qu'à l'état d'espérance. Même s'il est par avance décidé à opter pour les biens présents, le donataire ne peut durant la vie du donateur faire aucune opération juridique quelconque sur les biens compris dans la donation: la cession de son droit s'analyserait en un pacte sur succession future (1).

A fortiori la convention faite par l'appelé sur son droit devrait être nulle, puisque le droit du donataire cumulatif fixé définitivement dans sa quotité, est plus certain que celui de l'appelé, qui peut varier en cas de survenance d'enfants du grevé. La logique imposerait au moins que le donataire cumulatif pût disposer plus librement de ses droits que l'appelé.

La troisième objection à la théorie du droit conditionnel est, à notre avis, la plus sérieuse, car elle démontre comment la jurisprudence peut, en suivant sa conception, être entraînée vers une impossibilité juridique. Il existe une véritable antinomie entre la notion de rétroactivité de la condition, et l'absence d'appelé lors de la donation ou de l'ouverture de la succession du disposant.

En effet, dès l'instant où la condition de prédécès du grevé est réalisée, l'appelé est considéré comme seul propriétaire des biens substitués et rétroactivement, de sorte que le droit du grevé est anéanti. La notion de rétroactivité est en tout état de cause indétachable du mécanisme de la condition. Mais si l'appelé est considéré comme seul bénéficiaire de la libéralité, sur qui aura reposé la propriété des biens substitués entre l'instant de la donation ou du décès du disposant et la naissance de l'appelé? Ce ne peut être sur le grevé, puisque ses droits se trouvent rétroactivement effacés. Ce ne peut être non plus sur l'appelé qui n'était encore ni né, ni conçu, et qui n'avait pas, par suite, de personnalité juridique. Il faut donc reconnaître que la conception du droit conditionnel aboutit alors à cette impossibilité juridique à laquelle nous faisons précédemment allusion.

Non seulement l'analyse du droit de l'appelé en un droit conditionnel dénature la substitution fidei commissaire, mais elle ne parvient pas à en expliquer le mécanisme. De plus, elle est socialement dangereuse et peut fausser les prévisions du disposant. C'est ce que nous allons constater dans les considérations qui vont suivre.

SOUS § 3. — CRITIQUES D'ORDRE SOCIAL ET MORAL

En permettant à l'appelé de céder son droit à un tiers, la jurisprudence méconnaît le caractère profond de la substitution per-

(1) Cas. 3 février 1835 — S. 35 — 1 — 184 — RIOM : 30 avril 1811 — S. 15. 2. 7.

mise. Le disposant n'a pas eu la volonté de créer un double droit conditionnel avec une fiction de rétroactivité, mais simplement créer une vocation héréditaire au profit de ses petits-enfants ou petits-neveux. L'appelé, et nous insistons sur cette formule, n'est qu'un héritier réservataire aux droits renforcés; mais il n'existe pas de différence de nature entre leurs droits respectifs et pas plus que le réservataire, l'appelé ne peut légalement stipuler sur sa vocation successorale.

Mais la fin poursuivie par la substitution est surtout la conservation des biens substitués dans la famille. L'appelé ne peut donc pas disposer de son droit avant l'ouverture de la substitution, sans heurter de front les intentions du disposant. Il n'est pas conforme au droit de permettre à l'appelé, qui peut être jeune et inexpérimenté, de spéculer sur des droits héréditaires que le disposant a tenu à sauvegarder, d'autant plus que si celui-ci était décédé intestat, ses biens auraient été recueillis par le grevé, libres de toutes charges et que le petit-fi's ou le neveu, c'est-à-dire l'appelé, n'aurait eu sur ces biens qu'un droit héréditaire, non susceptible de cession, à raison de la prohibition des pactes sur succession future. Il n'est pas normal qu'une institution dont la raison profonde est la protection du patrimoine familial contre les dilapidations des héritiers deviendra, par un étrange choc en retour, un moyen dans les mains de l'appelé de spéculations dangereuses sur ce même patrimoine.

On retrouve en effet, à l'encontre des conventions consenties par l'appelé sur son droit des motifs analogues à ceux qui justifient en législation la prohibition des pactes sur la succession d'autrui. La cession du droit de l'appelé, comme la vente d'une hérédité à venir, entraîne inéluctablement la naissance du « *votum mortis* » dans la pensée de l'acquéreur. Celui-ci aspire à réaliser immédiatement son droit, dans le plus bref délai, pour retirer de l'opération le bénéfice escompté. Il peut même en venir à craindre le prédécès de l'appelé et à justifier les paroles prononcées par PORTALIS devant le Corps Législatif lors de la discussion de l'article 1600: « la cupidité qui spéculé sur les jours d'un citoyen est souvent bien voisine du crime qui peut les abrégé ».

La cession du droit de l'appelé présente en plus de ce caractère dangereux, un aspect notoirement choquant. Le spéculateur ou la compagnie spécialisée qui se sera porté acquéreur du droit de l'appelé, non seulement viendra sur les biens substitués en concours avec les autres appelés, mais pourra se prévaloir des mesures de protection du droit des appelés; mais il sera en droit d'exiger l'emploi des capitaux disponibles, ou la nomination d'un tuteur à la substitution, de sorte que cette institution, essentiellement familiale, sera détournée arbitrairement de son but pour servir des intérêts mercantiles.

En nous plaçant toujours sur le plan de l'opportunité, on peut craindre que la cession du droit de l'appelé ne présente un caractère lésionnaire. Il suffit de songer que le plus souvent, l'appelé est jeune et inexpérimenté; pressé d'argent, il cédera à vil prix une hérédité importante et regrettera par la suite son geste, d'autant plus que le spéculateur qui acceptera de traiter avec lui abusera de l'incertitude de son droit, tant au point de vue de la réalisation que de la quotité, pour lui imposer des conditions léonines.

Enfin, la renonciation de l'appelé en faveur du grevé, que la conception jurisprudentielle oblige à valider, encourt les mêmes critiques que la cession à un tiers. L'acte ne sera que rarement consenti en toute liberté; le grevé abusera de son autorité sur l'appelé et la crainte révérentielle plus que l'intérêt bien compris de la famille sera en général à la source de la renonciation. Il est vrai que précédemment nous avons reconnu qu'il existait une hypothèse où la renonciation de l'appelé en faveur du grevé était socialement utile et méritait d'être consacrée par la législation quand par exemple le grevé ne dispose pas de fonds disponibles et désire établir ses enfants. La renonciation de l'appelé pourrait en ce cas lui permettre de renforcer son crédit en rendant les biens substitués à la libre circulation des richesses. Mais tout en conservant le principe du droit éventuel, il serait possible d'autoriser cette renonciation, sous la garantie de formalités judiciaires par une disposition législative spéciale.

En résumé, tant sur le plan de la technique juridique que sur celui de l'opportunité, il n'existe pas d'arguments sérieux susceptibles de justifier la théorie du droit conditionnel qui ne peut s'expliquer que par une interprétation erronée de la tradition historique et des textes du Code Civil en même temps que par une méconnaissance profonde de l'esprit de la substitution permise. Il ne nous reste plus désormais qu'à exposer sommairement, car nous en avons vu déjà l'essentiel, la théorie opposée, dite du droit successoral, que de rares décisions ont adoptée, et qui, nous l'espérons, bénéficiera, tôt ou tard, d'un revirement de la jurisprudence.

SECTION III — THÉORIE DU DROIT SUCCESSORAL

Cette théorie à laquelle se rallient nos préférences est défendue par de nombreux auteurs. Citons M. NAQUET dans sa note au Sirey sous l'arrêt de la Chambre Civile du 10 juin 1918 (1) et M. PLASARD, dans ses notes sous l'arrêt de la Chambre Civile du 28 février 1923 (2), et sous l'arrêt de la Cour de Paris du 14 janvier 1926 (3). Elle n'a été adoptée à notre connaissance, d'une manière explicite, que par la Cour de Bourges, dans un arrêt du 5 avril 1916 (4), rendu au sujet de l'affaire CLOGENSON rappelée antérieurement.

Nous n'avons pas l'intention de reprendre le faisceau d'arguments qui plaide en faveur de l'admission du droit successoral : nous venons de voir que cette conception se trouve corroborée par la tradition historique, par le mécanisme juridique de la substitution fidei commissaire et par l'esprit général qui l'anime. Nous

(1) S. 1922 — 1 — 25.

(2) D. P. 1925 — 1 — 189.

(3) D. P. 1928 — 2 — 9.

(4) D. P. — 1917 — 2 — 105.

allons simplement en déduire les conséquences quant au droit de l'appelé, en insistant particulièrement sur la matière des pactes sur succession future.

§ 1. — L'APPLICATION DE LA THEORIE DU DROIT SUCCESSORAL DE L'APPELÉ (1)

Antérieurement à l'affaire CLOGENSON qui devait permettre à la Cour de Cassation d'opter définitivement en faveur de la théorie du droit conditionnel, la jurisprudence avait incidemment, à l'occasion de litiges d'ordre fiscal, admis la conception du droit successoral. C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre des Requêtes (2) du 13 novembre 1893 dispose « que si les biens grevés de substitution sont la propriété actuelle du grevé, il est également certain que les appelés ont un droit *éventuel* soumis à la réalisation d'une condition ». Il ne faut pas s'attacher rigoureusement à la terminologie employée par l'arrêt, et en particulier au mot condition, car de l'ensemble des attendus, il résulte essentiellement que les appelés n'ont qu'un droit *éventuel*.

Dans l'affaire susvisée, il se posait un problème délicat de cantonnement de la réserve du grevé. La substitution excédant les limites de la quotité disponible, un des immeubles substitués avait fait l'objet, pour faciliter les opérations de liquidation, d'une adjudication. Le grevé s'était porté adjudicataire et refusait de payer le droit de mutation de 1,5 % qu'exigeait l'Administration de l'Enregistrement. Il prétendait que l'immeuble substitué était en réalité indivis entre le grevé et l'appelé et que, par suite, s'agissant d'une opération de partage, le droit de mutation n'était pas exigible. A cette époque, en effet, la législation fiscale ne soumettait pas les actes déclaratifs au paiement d'un droit de transcription. La Chambre des Requêtes rejetant le pourvoi formé par le grevé déclare que « les droits de l'appelé ne s'ouvrent qu'au moment où ceux du

(1) Nous avons précédemment signalé que les anciens auteurs et particulièrement POTHIER, étaient hostiles à la conception du droit conditionnel. A cette époque, le sens des mots « condition » et « résolution » n'était d'ailleurs pas nettement fixé. Il suffit pour s'en convaincre de citer un passage du Traité des Substitutions fidei commissaires de THEVENOT d'ESSAULE de SAVIGNY (Paris 1778) : « La propriété du grevé, lorsqu'elle est résolue par l'arrivée de la condition, ne l'est pas *ab initio*, en telle sorte qu'il soit censé n'avoir pas été propriétaire ». La résolution avait donc lieu *ut ex nunc* et non *ut ex tunc*. Mais il se peut que l'incertitude que cette terminologie ait déterminé, en partie au moins, l'orientation de la jurisprudence moderne vers la théorie du droit conditionnel. La doctrine du XIX^e siècle a pourtant pris soin d'éviter toute confusion : par exemple si nous consultons DEMOLOMBE, nous lisons (Traité des Donations entre vifs et des testaments — T. V, n^o 458, p. 410, note 1) : le grevé est un propriétaire *ad tempus* et non pas un propriétaire sous condition résolutoire, car sa propriété finit par l'ouverture de la substitution, plutôt qu'elle n'est résolue.

(2) D. P. 1894 — 1 — 268.

grevé cessent d'exister » et « qu'il n'affère à l'expectative des appelés qu'un droit purement éventuel et subordonné ». (1)

Mais jusqu'ici, la jurisprudence n'avait pas eu l'occasion d'aborder de front la question des conventions faites par l'appelé sur son droit de l'existence d'un pacte sur succession future. Cette occasion, la Cour de Bourges la découvrit lors de l'affaire CLOGENSON qui fit l'objet de son arrêt du 5 avril 1916, précité, et lui permit d'adopter expressément la théorie du droit éventuel: jusqu'au décès du grevé, le droit de l'appelé est subordonné à une éventualité: il ne devient certain qu'à l'instant de l'ouverture de la substitution. Par suite, en cédant du vivant du grevé son droit sur un des biens compris dans la substitution, l'appelé a conclu un acte de disposition portant sur une succession à venir, et porté atteinte à la prohibition des pactes sur succession future.

Avec une grande justesse de raisonnement, la Cour de Bourges ajoute qu'on retrouve dans la cession consentie par l'appelé les motifs qui ont fait édicter la prohibition. Cette idée est à retenir: les appelés, jeunes et inexpérimentés sont tentés de dilapider inconsidérément la fortune que le disposant a entendu leur réserver et le vœu mortis peut s'éveiller dans l'esprit des acquéreurs. La convention est donc frappée d'une nullité d'ordre public et l'intervention du de cujus, c'est-à-dire du grevé à l'acte est impuissante à la rendre valable.

La théorie du droit successoral peut donc se formuler de la manière suivante: l'appelé n'a qu'un simple droit éventuel et non conditionnel. Ce droit est d'ordre héréditaire et participe à la nature du droit de l'héritier réservataire ou de l'institué contractuel. Mais ce droit est renforcé au profit de l'appelé la loi entendant permettre au disposant de conserver par l'intermédiaire du grevé le patrimoine familial. C'est du grevé que l'appelé tiendra ses droits, mais par une conséquence de la volonté du disposant.

Par suite le droit de l'appelé n'est pas seulement incertain quant à son exigibilité, mais aussi quant à sa naissance celle-ci ne devant se produire qu'au décès du grevé. La cession d'un droit de cette nature s'analyserait en un pacte sur succession future, puisqu'elle contiendrait les caractères conventionnel, successoral et éventuel. L'objet de la convention entre en effet dans la composition d'une succession non ouverte, celle du grevé, et le droit concédé à l'acquéreur est subordonné dans sa naissance au prédécès du grevé. D'autre part, le cédant n'engage nullement son patrimoine, il ne lie qu'une succession à venir.

Il faut appliquer les mêmes solutions en ce qui concerne la renonciation anticipée de l'appelé à son droit. S'agissant d'un droit éventuel, la renonciation s'analyse en un pacte sur succession future. Elle a, en effet, un caractère successoral, le droit de l'appelé n'étant fixé définitivement dans sa quotité qu'au décès du grevé puisque jusqu'à cet instant, il peut naître de nouveaux appelés. En résumé, l'appelé est dans la situation d'un héritier réservataire ou d'un donataire de biens à venir. Son droit de nature héréditaire ne peut faire l'objet ni d'une convention, ni d'une renonciation.

1) Consulter Requêtes : 22 janvier 1906 — D. P. 07 — 1 — 428.

20 novembre 1911 — S. 13, I. 502.

18 mars 1884 — S. 84 — 1 — 345.

§ 2. — VALEUR DE LA THEORIE DU DROIT SUCCESSORAL

Cette conception présente non seulement l'avantage de respecter l'esprit et le but de la substitution permise, mais de protéger l'appelé contre ses propres entraînements et d'éliminer le spectre du *votum mortis*. Nous avons d'autre part, en nous plaçant au point de vue juridique, vu qu'elle seule apportait une explication correcte au fait que la substitution peut bénéficier aux enfants nés ou à naître du grevé.

En interdisant à l'appelé, devenu majeur, de céder à vil prix ses droits héréditaires, la théorie du droit successoral le protège contre lui-même et lui permet, en dépit d'une conception passagère, de conserver l'espoir de recueillir un jour le patrimoine familial. L'idée fondamentale de la substitution, telle que l'ont conçue les rédacteurs du Code Civil, est la protection des héritiers contre les dilapidations d'un prodigue et la conservation des immeubles dans la famille.

D'autre part, la prohibition des renonciations anticipées de l'appelé à son droit, est socialement utile. On peut craindre que bien loin d'être guidé par l'intérêt de ses enfants, le grevé n'utilise son influence sur l'appelé pour l'obliger à renoncer à son droit et pour obtenir par l'engagement des biens substitués, un surcroît de crédit qui jusqu'ici lui faisait défaut. La consécration de la validité de la renonciation de l'appelé à son droit serait comme une survivance des anciennes renonciations des filles dotées. Enfin, et sans insister plus longuement sur les avantages de la théorie du droit successoral, il n'est pas opportun dans l'intérêt du crédit public de développer l'existence des droits conditionnels qui ne sont qu'une source d'aléas, de spéculations et de ruines.

Ces considérations ont, nous l'espérons, mis en lumière les critiques suscitées par la jurisprudence sur le droit de l'appelé. Il semble que les tribunaux se soient laissé induire en erreur par l'imprécision de la terminologie de nos anciens auteurs et par une interprétation erronée des textes du Code Civil, autant que par l'abus du raisonnement par analogie. La théorie du droit conditionnel n'est pas sérieusement défendable; elle est en contradiction avec les intentions du disposant et peut aboutir à de véritables impossibilités juridiques. Enfin, la notion de rétroactivité de la condition est peu satisfaisante pour l'esprit, elle est en opposition avec la survie de l'hypothèque légale de la femme du grevé sur les immeubles substitués et d'autre part elle présente un caractère artificiel que de nombreux auteurs critiquent.

Quant à la cession de son droit par l'appelé, elle est socialement déplorable; elle fait naître dans la pensée de l'acquéreur le *votum mortis* et présente tous les caractères du pacte sur succession future. A ce seul titre elle doit être prohibée.

Pour conclure, il ne nous reste plus qu'à espérer en prochain et complet revirement de la jurisprudence en faveur de la théorie du droit successoral, revirement amplement justifié par la tradition historique, l'esprit réel de la substitution, l'intérêt même de l'appelé et la nature profonde du pacte sur succession future.

CHAPITRE II

L'INTERVENTION ANTICIPÉE DES SUCCESSIBLES DANS LE RÈGLEMENT DE LA SUCCESSION DE LEUR AUTEUR

Quand on évoque la notion de pacte sur la succession d'autrui, il vient immédiatement à la pensée de songer à la donation, à la vente ou à l'hypothèque d'un bien à venir, plus brièvement, à la cession, gratuite ou onéreuse, d'un droit héréditaire. Tel est en effet traditionnellement le concept étroit du pacte « de hereditate tertii », celui que, dès le droit romain, les jurisconsultes entendaient bannir du droit positif au nom du « votum mortis » et de la protection des héritiers contre leurs propres entraînements.

Mais, en droit moderne, le pacte sur la succession d'autrui, tout en conservant théoriquement la même signification qu'en droit romain, a pratiquement vu sa destination modifiée. La cession directe à un tiers d'un droit héréditaire semble si contraire aux bonnes mœurs que les pactes sur la succession d'autrui n'apparaissent plus, à l'époque contemporaine, que d'une manière déguisée, dilués qu'ils sont en quelque sorte dans le vocable si extensif de « l'arrangement de famille ».

C'est en effet le plus souvent entre co-héritiers, que la cession d'un droit successif en échange d'une contrepartie également d'ordre héréditaire est un moyen commode de régler à l'avance la succession du de cujus et de faciliter les aspirations de chacun, en apaisant les difficultés susceptibles de surgir lors du partage. L'acte est en général complexe, joint à d'autres conventions parfaitement valables; les cessions portant sur une succession à venir se trouvent mêlées à des cessions relatives à une succession déjà ouverte (1) formant un tout indivisible où sont enchevêtrés les éléments nuls et les éléments licites. La notion de droit éventuel est parfois extrêmement délicate à discerner et le problème qui se pose à notre étude est tant d'interprétation que de qualification.

L'attitude du successible doit également être analysée; elle peut

(1) Voir Cas Requêtes — 19 février 1929. S. 29 — 1 — 270.

être purement passive, c'est-à-dire que sans céder un droit héréditaire, le successible se borne à donner son consentement à l'arrangement de famille intervenu entre le de cujus et un de ses héritiers; elle peut aussi être active, c'est-à-dire comporter, au profit d'un autre successible, une cession d'un droit héréditaire. Dans la première hypothèse, la convention sera valable; dans la seconde, au contraire, elle sera frappée de nullité absolue.

Le chapitre dont nous abordons l'étude sera divisé en trois paragraphes consacrés respectivement aux aspects généraux du pacte sur la succession d'autrui et aux deux hypothèses d'une intervention anticipée soit passive, soit active, des successibles dans le règlement de la succession de leur auteur.

§ 1. — LES ASPECTS GÉNÉRAUX DU PACTE PROHIBÉ

Le problème d'interprétation et de qualification que nous avons pour mission de résoudre est entièrement dominé par le principal élément constitutif du pacte sur la succession d'autrui, la cession à un tiers d'un droit éventuel portant sur une succession non ouverte. Ce n'est que dans la mesure où nous aurons déterminé rigoureusement l'existence de cet élément dans la convention suspecte, et cela tant par interprétation des termes de l'acte que de la volonté des parties, que nous pourrons entreprendre de la qualifier de pacte sur la succession d'autrui.

L'examen des cas d'espèce montre en effet qu'il existe en pratique une confusion entre les pactes héréditaires tertii et les pactes de non succedendo ou pactes de renonciation. Ce que nous croyons constituer une cession d'un droit héréditaire n'est en réalité qu'une renonciation à ce même droit, faite en faveur d'un autre co-héritier. Sans doute cette discrimination n'est qu'une pure question de qualification juridique puisque dans les deux hypothèses, l'acte est entaché de nullité absolue, mais il n'en demeure pas moins, pour l'esprit du juriste, satisfaisant de distinguer le pacte de renonciation du pacte sur la succession d'autrui.

Prenons par exemple un cas d'espèce récent, celui de l'affaire AUFAYRE qui a fait l'objet de l'arrêt précité de la Chambre Civile du 10 mars 1941 (1). Nous nous souvenons que le de cujus avait donné un immeuble à sa fille, en avancement d'hoirie, c'est-à-dire suivant la législation de l'époque, rapportable en nature et que cet immeuble, quelques années plus tard avait été vendu par la donataire. Le rapport en nature devenant, de ce fait, impossible, le frère de la donataire s'était engagé pour le cas où sa réserve serait entamée par la libéralité faite à sa sœur, à en demander la réduction non pas sur la valeur exacte de l'immeuble au jour de l'ouverture de la succession du donateur (2) mais sur la base d'une créance de 50.000 francs correspondant au prix de vente de l'immeuble.

(1) D. Analytique 1941 — Jurisprudence p. 145.

(2) Art. 922 ancien — modifié par la loi du 7 février 1938.

Si l'on tenait compte du fait que, de son côté, le promettant avait reçu des libéralités du de cujus, la convention litigieuse pouvait fort raisonnablement s'analyser en une reconnaissance, par les donataires, de l'équivalence des donations à eux faites, c'est-à-dire en un règlement anticipé d'une succession non ouverte, chacun des donataires cédant partiellement son droit à intenter l'action en réduction en échange de l'engagement pris par l'autre de ne pas exercer cette même action. Vu sous cet angle, l'acte litigieux est un arrangement de famille, une convention à titre onéreux dans laquelle des prestations réciproques s'équilibrent, tendant à simplifier la liquidation d'une succession à venir et à éviter des contestations entre parents proches.

Tel est en effet le but de la convention, mais tel n'est pas son mécanisme. Si nous en approfondissons l'analyse, nous constatons que la convention suspecte réalise non pas une cession d'un droit héréditaire en échange d'une contre-partie également d'ordre successoral, mais en une renonciation en faveur d'un co-héritier déterminé à ce même droit héréditaire. Renonciation qui n'a pas lieu à titre gratuit, qui est inspirée au contraire par l'esprit de lucre, les co-contractants espérant l'un et l'autre en retirer un profit substantiel mais qui, au point de vue de la qualification, n'en fait pas moins dégénérer la convention en un pacte de non succedendo.

Retenons de l'étude de ce cas concret qu'il peut être parfois difficile de distinguer les deux variétés de pactes tant l'une et l'autre ont leur structure juridique voilée en quelque sorte par l'enchevêtrement de prestations mutuelles qui contribuent à dissimuler leur nature exacte. Il sera donc nécessaire au cours des développements qui vont suivre de nous montrer extrêmement circonspect dans l'analyse des conventions litigieuses.

Quant aux motifs qui ont déterminé le législateur à édicter la prohibition de ces pactes de famille, c'est en premier lieu le *votum mortis*; les contractants espérant retirer un profit de l'opération, voient la réalisation de ce profit subordonnée au décès du de cujus et peuvent à la longue éprouver de ce fait une impatience à la fois immorale et dangereuse. Il nous semble cependant que l'idée de *votum mortis* est insuffisante à justifier la prohibition; il se peut en effet que l'arrangement de famille soit exclusif de toute idée de lucre et que le seul but poursuivi par les contractants soit, en toute sincérité, d'éviter les pénibles discussions entre proches parents qui pourraient résulter d'un partage compliqué. Dans cette hypothèse, il est peu probable que les parties connaissent un jour le tourment du *votum mortis*. En réalité, le Code Civil, individualiste à l'extrême et désireux d'étouffer définitivement les anciennes coutumes nobiliaires, a craint qu'à l'abri de ces pactes de famille, il se dissimule une résurrection du droit d'aînesse et du privilège de masculinité.

C'est là, il nous semble, qu'il convient de rechercher la raison profonde de la prohibition. Le *votum mortis* ne peut s'appliquer qu'à la cession directe à un tiers de son droit éventuel par l'héritier présomptif, par exemple aux conventions consenties par l'appelé sur son droit, dans la matière des substitutions permises, mais il paraît, en général, absent de l'arrangement de famille.

Le Code Civil, pour renforcer la prohibition qu'il édictait n'a

d'ailleurs pas reproduit l'exception de la Nouvelle 531 c'est-à-dire que même au cas où le de cujus a consenti expressément à l'acte, en se réservant le droit de révoquer son consentement, la nullité est encourue. Cette remarque est d'importance si nous pensons que le plus souvent le de cujus participe à la conclusion de l'arrangement de famille, et même en est l'instigateur, comme dans le cas d'espèce que nous allons maintenant étudier.

§ 2. — HYPOTHESE D'UNE INTERVENTION PASSIVE DES SUCCESSIBLES

Le problème ne s'est posé que rarement durant ces dernières années et toujours sous une qualification extrêmement nuancée; il a fait l'objet d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 mars 1935 (1), une de ces décisions qui ont déterminé la doctrine à penser que la jurisprudence de la Cour Suprême s'orientait vers une conception plus souple du pacte sur succession future.

Afin d'exécuter à moindres frais les obligations du défunt, la veuve du Marquis de CASTELLANE s'engage, moyennant le paiement par une de ses filles, de 20.000 francs de billets échus, à lui abandonner ses droits en usufruit et en nue-proprieté sur deux immeubles qu'elle a recueillis dans la succession de son époux prédécédé. L'engagement de la demoiselle de CASTELLANE est effectivement rempli, mais la veuve de CASTELLANE a exigé la signature de ses autres enfants, pour éviter des contestations à venir et donner plus de solidité à cet arrangement de famille.

Vingt ans plus tard, et longtemps après le décès de la veuve de CASTELLANE, un de ses enfants renie sa signature et réclame en justice l'annulation de la convention susvisée. Il soutient que cette convention s'analyse non pas en une cession consentie par la dame de CASTELLANE de ses droits sur les deux immeubles recueillis par elle dans la succession de son époux, mais en une cession par ses enfants, en qualité d'héritiers éventuels de leur mère, de leurs droits sur deux immeubles futurs, c'est-à-dire destinés à entrer dans la composition d'une succession à venir. La demoiselle de CASTELLANE s'engage à payer les billets échus en échange de l'attribution des droits éventuels que ses frères et sœurs pourront exercer lors du décès de leur mère. La convention ne lui confère aucun droit actuel, mais simplement un aléa, une espérance de droit, dont la réalisation est subordonnée à la survenance d'un événement futur et incertain, l'existence des immeubles litigieux dans la succession de la veuve de CASTELLANE. Les enfants intervenus à l'acte ont donc concédé à leur sœur un droit privatif sur une succession non ouverte et porté ainsi atteinte à la prohibition des pactes sur succession future.

La convention attaquée contient d'ailleurs l'idée de *votum mortis*; la demoiselle de CASTELLANE en contre-partie de l'obligation qui lui incombe de payer les billets échus peut en venir à souhaiter le

(1) S. 1935 — 1 — 81 — avec le rapport du Conseiller PILON.

décès de sa mère pour se remplir des droits qui lui ont été promis.

Le Tribunal de Brignoles adopta cette thèse dans son jugement du 6 juillet 1931. Le concours des enfants à l'acte ne s'expliquait que par le caractère fictif de l'opération, par la pensée commune que l'entrée en jouissance de la demoiselle de CASTELLANE sur les immeubles litigieux ne recevrait son plein effet qu'au décès de la veuve de CASTELLANE. La cession consentie par celle-ci avait été purement fictive et destinée à voiler le pacte sur succession future; l'éventualité du décès de la veuve de CASTELLANE était d'ailleurs expressément visée à l'acte.

Ce jugement fut infirmé par l'arrêt de la Cour d'Appel d'Aix du 19 décembre 1932 et le pourvoi formé contre cette décision rejeté par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 mars 1935. La convention attaquée ne constituait pas un pacte sur succession future, son objet n'étant pas un droit dans une succession à venir mais, au contraire, un droit actuel, appartenant à la veuve de CASTELLANE et recueilli par elle dans la succession de son époux. Cette cession n'avait rien de fictif, puisqu'il résultait des circonstances de la cause qu'elle avait reçu exécution du vivant même de la veuve de CASTELLANE. Quant à la présence de ses enfants à l'acte, elle n'avait pour but que de consacrer l'accord résultant de l'arrangement de famille.

Envisageons maintenant du point de vue critique la solution de la Cour de Cassation. Les conditions nécessitées par l'existence d'un pacte sur succession future se trouvaient-elles réunies ?

Nous rencontrons incontestablement l'élément contractuel. Mais en ce qui concerne l'élément successoral, la Chambre des Requêtes se refuse à examiner la question et se retranche derrière les constatations souveraines des juges du fond. Ceux-ci ont décidé que l'objet du pacte était une succession ouverte, celle du père, et non une succession future, celle de la veuve de CASTELLANE. En effet, les droits cédés à la demoiselle de CASTELLANE à charge de payer des billets échus sont des droits actuels, que la veuve de CASTELLANE a recueillis dans la succession de son époux. Ces droits sont d'ailleurs en partie des droits d'usufruit propres à la veuve de CASTELLANE et qui s'éteindront à son décès.

Mais il ne semble pas que l'argumentation du demandeur ait été parfaitement comprise. Il n'est pas en effet contestable qu'il existe apparemment une convention portant sur des droits recueillis dans une succession déjà ouverte, mais le problème que les juges devaient résoudre, c'était de déterminer si cette convention était réelle ou fictive, si sa raison d'être n'était pas de dissimuler un pacte sur succession future, c'est-à-dire une renonciation des enfants de CASTELLANE à leurs droits héréditaires sur les immeubles litigieux. Or la Cour de Cassation n'a pas examiné ce problème qu'elle a déclaré de la compétence exclusive des juges du fond.

Nous ne pensons d'ailleurs pas que la convention constituait un pacte sur succession future, car en tout état de cause, l'analyse des faits prouve que l'élément éventuel n'était pas réalisé.

En effet, l'élément éventuel se caractérise par le fait que l'ayant cause de l'héritier cédant ne recueille aucun droit actuel, mais simplement une espérance qui ne se transformera en droit qu'au jour

du décès du de cujus et à la condition que les biens sur lesquels s'exercent ces droits figurent encore dans la succession litigieuse. Or, il était démontré en l'occurrence qu'en échange du paiement de 20.000 francs de billets échus, la demoiselle de CASTELLANE n'avait pas recueilli qu'une expectative, mais un droit actuel, étant entrée immédiatement en possession des immeubles visés par la convention. L'acte liait donc principalement la dame de CASTELLANE et sa fille et incidemment les autres héritiers. La dame de CASTELLANE était intervenue activement à l'acte pour céder à sa fille une fraction de ses droits dans la succession de son époux, et non pas pour apporter son consentement à la cession consentie par ses enfants à leur sœur de leurs droits dans sa succession à venir. La convention ayant reçu immédiatement exécution, la demoiselle de CASTELLANE n'était pas en mesure d'exiger une prestation quelconque de ses cohéritiers, au jour du décès de la veuve de CASTELLANE, et elle acquiescerait au contraire un droit certain dans sa quotité dont elle pouvait disposer immédiatement et qui n'était nullement subordonné à la réalisation d'un événement futur et incertain.

L'absence de l'élément éventuel suffit pour écarter la notion de pacte sur succession future dont les conditions d'existence n'étaient pas réunies en l'espèce. Il est permis d'ailleurs de se demander si le pacte prohibé était matériellement concevable, puisque du fait de la cession consentie par la dame de CASTELLANE, cession réelle et qui avait immédiatement reçu exécution, les droits immobiliers litigieux étaient sortis de son patrimoine et que les enfants ne pouvaient vraisemblablement les envisager comme faisant partie d'une succession future. La convention s'analyse peut-être en une cession de droit privatif, mais ce droit privatif dépend essentiellement d'une succession déjà ouverte.

Quant à l'idée de *votum mortis*, elle est entièrement exclue de l'opération. Elle ne pourrait concerner normalement que le cessionnaire des droits litigieux, c'est-à-dire la demoiselle de CASTELLANE, or, nous avons vu qu'au lieu d'une expectative subordonnée au décès du de cujus, elle avait recueilli des droits actuels portant sur des immeubles dépendant d'une succession déjà ouverte, dont elle était immédiatement entrée en possession. L'existence du *votum mortis* n'était donc pas justifiée par les faits de la cause.

En résumé, la convention suspecte pouvait être interprétée de deux manières différentes: soit en une cession consentie par les enfants de leurs droits éventuels dans la succession de leur mère, avec le consentement de celle-ci à l'acte, et l'opération est alors un pacte sur succession future; soit une cession faite par la mère de ses droits actuels dans une succession déjà ouverte, avec le consentement de ses enfants et au profit de l'un d'entre eux. La Cour de Cassation fait alors jouer l'article 1157 aux termes duquel « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ». La loi se trouve ainsi respectée.

Dans l'affaire de CASTELLANE, il n'existait pas de difficulté sérieuse du fait que l'exécution de la convention avait eu lieu immédiatement, éliminant ainsi l'élément éventuel du pacte prohibé et prouvant que la convention litigieuse était réelle et non fictive. Mais

dans une hypothèse voisine, on peut supposer qu'une convention identique dissimulerait un pacte prohibé si elle ne devait recevoir exécution qu'au décès d'une des parties si, par exemple, en échange du paiement de 20.000 francs de billets échus, il avait été cédé à la demoiselle de CASTELLANE les droits exercés par sa mère sur les deux immeubles litigieux, l'exécution de cette convention étant retardée au décès de la veuve de CASTELLANE. Une telle stipulation, faite du consentement des autres successibles, pourrait raisonnablement apparaître comme un moyen de voiler une renonciation à des droits héréditaires dépendant d'une succession non ouverte.

Faut-il conclure de l'examen de ce cas d'espèce à une évolution de la jurisprudence de la Cour Suprême, favorable à l'assouplissement de la notion de pacte sur succession future ? Nous n'en sommes pour notre part nullement persuadés. L'argument tiré de l'application de l'article 1157 n'est pas décisif, car il n'a de sens que dans la mesure où la convention, qualifiée à juste titre de pacte sur succession future, est susceptible d'une autre interprétation lui permettant d'échapper à la nullité. Or, tel n'est pas le cas, il était inutile de recourir à l'article 1157 puisque l'examen des faits et en particulier l'exécution immédiate de la convention prouvait suffisamment que les parties n'avaient pas entendu traiter sur une succession à venir, mais simplement sur des droits dépendant de l'hérédité d'une personne prédécédée.

Cependant, comparé à l'arrêt CREMIEUX du 11 janvier 1933, l'arrêt du 26 mars 1935 témoigne d'une certaine diminution de la rigueur traditionnelle qui avait valu à la Cour de Cassation tant de critiques de la part de la doctrine, diminution extrêmement faible et qui ne tient, semble-t-il qu'à un élargissement du domaine d'investigations exclusivement réservé aux juges du fond. En se refusant à l'analyse des faits et à l'interprétation de la volonté des parties, la Cour de Cassation en vient à se relâcher de sa sévérité, tout au moins quand les juges du fond ont proclamé la validité de l'acte attaqué, comme c'était le cas dans l'affaire de CASTELLANE. Mais il serait imprudent de généraliser et de percevoir dans cette attitude les prémises d'un revirement.

Il nous reste maintenant à envisager un autre aspect de l'intervention anticipée des successibles dans le règlement de la succession de leur auteur, c'est l'hypothèse d'une intervention active, les héritiers ne se bornant pas à donner leur consentement à l'arrangement de famille, mais stipulant sur leurs droits héréditaires réciproques. La recherche et la qualification du pacte sur succession future se révèlent alors plus aisées.

§ 3. — HYPOTHESE D'UNE INTERVENTION ACTIVE

L'exemple peut-être le plus caractéristique de l'intervention active des successibles réside dans le partage anticipé de la succession du de cujus, chacun des héritiers réglant alors la quotité future de son droit héréditaire et renonçant implicitement à l'exercice des diverses actions, soit en rapport, soit en réduction, dont la naissance est déterminée par le décès du de cujus.

Mais à l'époque contemporaine, la prohibition des pactes sur succession future a trop profondément pénétré les esprits pour que les particuliers recourent délibérément à des procédés aussi dangereux et surtout aussi explicites. La cession consentie par l'un des co-héritiers de ses droits dans une succession à venir est, le plus souvent, mêlée à des conventions relatives à une succession déjà ouverte. Le tout forme un ensemble indivisible, où il est difficile de discerner les éléments valables des éléments illicites.

Par exemple, dans une hypothèse soumise à la Cour de Cassation et qui a fait l'objet d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 19 février 1929 (1), deux frères avaient procédé au partage de la succession d'un de leurs parents prédécédé, mais en subordonnant l'efficacité à l'exécution de conventions portant sur la succession future de leur mère. Il s'agissait d'une cession consentie par l'aîné au profit du cadet de l'universalité de ses droits dans ladite succession, en échange de l'abandon par le cadet de ses droits en pleine propriété sur plusieurs immeubles nommément désignés. Par la suite, pendant une période s'échelonnant sur plusieurs années, il avait été fait entre les deux frères diverses attributions de biens, en exécution de l'accord précité et postérieurement au décès de leur mère, les contractants avaient tenu à confirmer expressément les engagements résultant pour eux du partage anticipé.

La qualification de la convention litigieuse ne comportait aucune difficulté, du fait qu'elle impliquait une dérogation flagrante aux articles 791 et 1130. Non seulement elle concernait au moins en partie une succession non ouverte, mais elle tendait à conférer au bénéficiaire des droits éventuels sur une succession à venir. Subordonnée dans ses effets au prédécès du de cujus, elle devait se traduire, à défaut de survie du cédant, par l'anéantissement des droits du cessionnaire. En résumé, la convention essentiellement aléatoire, était toute voisine de la vente d'une hérédité à venir, avec cette différence que le prix, au lieu d'être stipulé en argent, consistait dans l'abandon par le cessionnaire de ses droits sur des immeubles nommément désignés. Quant à la confirmation intervenue postérieurement à l'ouverture de la succession du de cujus, elle était dénuée de tout effet, s'agissant d'une nullité d'ordre public.

Le *votum mortis*, d'autre part apparaissait comme une conséquence inéluctable de la convention. Le cessionnaire, n'en retirant qu'une simple expectative, voyait la réalisation du profit escompté soumise au prédécès du de cujus par rapport au cédant, et risquait à la longue d'éprouver de cette situation une impatience immorale.

En présence d'une convention de cette nature, la jurisprudence ne pouvait hésiter sérieusement sur la qualification la plus conforme aux commandements de la loi. Cette cession de droits éventuels consentie en échange d'un abandon de droits actuels, constituait incontestablement un pacte sur succession future; quant à son lien avec des stipulations concernant une succession déjà ouverte, il ne pouvait avoir pour résultat que l'application des règles de l'indivisibilité des conventions et l'annulation du tout, sanction

(1) S. 1929 — 1 — 270.

sévère peut-être, mais justifiée par les conséquences dangereuses et lésionnaires de l'acte litigieux.

Les stipulations sur le règlement anticipé de la succession d'une tierce personne demeurent rares en pratique; elles témoignent chez l'héritier d'un désir malsain de convertir en réalité ce qui n'est encore qu'espérance par une supposition audacieuse du décès du de cujus et à ce point de vue il n'est nullement souhaitable d'assister à leur généralisation.

CHAPITRE III

LE MANDAT D'ACCEPTER UNE SUCCESSION OU D'Y RENONCER

Avec le troisième et dernier chapitre consacré aux pactes sur la succession d'autrui, nous abordons l'étude d'un aspect entièrement nouveau de la prohibition, qui a fait l'objet d'une décision récente de la Cour de Cassation. Est-il, en d'autres termes, permis à un héritier présomptif de charger une tierce personne d'exercer son option héréditaire, en ses lieu et place, lors de l'ouverture de la succession du de cujus ?

Il convient, avant même d'examiner la question au fond, de distinguer essentiellement suivant la nature du mandat ; celui-ci peut être impératif, le mandat donnant au mandataire mission d'accepter ou de répudier la succession qu'il espère recueillir, en ce cas il n'est pas douteux que nous soyons en présence d'un pacte sur succession future, quoique la renonciation ou l'acceptation ne doivent avoir lieu qu'après l'ouverture de la succession envisagée, il n'en demeure pas moins que l'héritier a exercé son option du vivant du de cujus et par suite enfreint la prohibition de l'article 791.

Mais une seconde hypothèse peut se présenter, et pratiquement, c'est la seule en jurisprudence qui ait suscité des difficultés. Le mandat dont est chargé le tiers est facultatif, c'est-à-dire que le mandataire conserve après l'ouverture de la succession le droit d'exercer l'option de l'héritier dans le sens qui lui paraît préférable. Par application du principe de la représentation juridique, le mandataire est censé agir à la place du mandant comme si celui-ci exerçait lui-même l'option qui lui est ouverte. Il ne semble donc pas que l'on puisse songer à un pacte sur succession future, l'héritier exerçant lui-même son option par l'intermédiaire du mandataire et conservant le droit de révoquer le mandat ad nutum.

Cependant, la conception extensive du pacte sur succession future n'a pas manqué d'influer sur la détermination de la nature juridique du mandat, même facultatif. La pratique a parfois cherché à démontrer que cet acte constituait l'exercice anticipé de l'option ouverte à l'héritier. Nous allons donc après avoir rappelé les circonstances dans lesquelles le problème s'est posé, analyser la convention litigieuse et en conclusion nous demander si la solution

admise par la Cour de Cassation témoigne, comme l'ont affirmé quelques auteurs, d'une évolution jurisprudentielle plus favorable à l'égard des pactes sur succession future.

§ 1. — LA POSITION DU PROBLEME

Par acte du 30 avril 1914 dressé au Consulat Général de France à New-York, le sieur CASASSUS donne mandat à sa femme soit d'accepter purement et simplement ou bénéficiairement, soit de répudier en son nom après en avoir apprécié les forces et les charges toutes les successions susceptible de lui échoir. En réalité, la convention vise implicitement la succession de la mère du sieur CASASSUS qui devait effectivement s'ouvrir en France, le 25 mai 1914. La dame CASASSUS, en exécution du mandat à elle confié, déclare répudier la succession.

Mais quelques années plus tard, les héritiers du renonçant prétendent que le mandat litigieux s'analyse en un pacte sur succession future, plus précisément en une renonciation anticipée, et qu'il serait nul en vertu de l'article 791. Cette argumentation fut rejetée successivement par la Cour d'Appel de Pau le 13 mars 1932 et par la Chambre Civile dans son arrêt du 9 mars 1937 (1) le mandat laissait au mandataire entière liberté et par son intermédiaire, l'héritier conservait la faculté d'opter entre les trois partis qui s'offrent à lui d'après la loi. D'autre part l'option ne devait jouer qu'après l'ouverture de la succession et enfin il n'était concédé au mandataire pas plus qu'aux co-héritiers du mandat un droit privatif sur une succession à venir. A défaut d'attribution par le mandant d'un droit éventuel soit au mandataire, soit à ses co-héritiers d'un droit éventuel sur la succession litigieuse la convention demeurerait parfaitement licite.

Tel fut le raisonnement de la jurisprudence. Demandons-nous maintenant s'il mérite d'être approuvé.

§2. — ANALYSE JURIDIQUE DU MANDAT FACULTATIF

Si le Code Civil prohibe formellement dans l'article 791 les renonciations ou les acceptations anticipées, ce n'est pas seulement en souvenir des anciennes coutumes nobiliaires, c'est aussi pour protéger l'héritier contre l'incertitude d'une opération portant sur une succession dont il est impossible, à l'avance, d'évaluer la consistance exacte (2). La loi exige donc que postérieurement à l'ouverture de la succession, l'héritier conserve son entière liberté d'option. Elle lui interdit de lier sa volonté directement ou indirectement et de s'arrêter à tel parti qu'il pourra par la suite regretter.

La question se trouve donc étroitement circonscrite par l'effet

(1) S. 1937 — 1 — 289. Note BATTIFOL.

(2) PLANIOL et RIPERT. T. IV — 323; T. VI p. 336.

du mandat l'héritier avait-il, par une convention conclue avec un tiers sur une succession non ouverte — et c'est en cela que le mandat facultatif constitue un pacte de *hereditate tertii* — renoncé à exercer l'option qui lui est offerte par l'article 795 ? Il semble que non puisque le mandataire est censé représenter le mandant et que l'acceptation ou la renonciation du mandataire est juridiquement l'œuvre de la volonté du mandant. Or cette acceptation ou cette renonciation ne devait intervenir qu'après l'ouverture de la succession litigieuse, c'est-à-dire à une époque où elle est essentiellement licite.

D'autre part, le mandat est un contrat de nature spéciale, révocable *ad nutum* (article 2004 du Code Civil). Donc à tout instant l'héritier avait la possibilité de révoquer le mandat primitif, de lui en substituer un autre plus circonstancié, s'il se révélait des difficultés imprévues, ou le cas échéant d'accomplir lui-même l'acte en question. Par suite, on peut estimer que si l'héritier présomptif n'a pas signifié, entre l'instant de la signature du contrat et l'ouverture de la succession, la révocation du mandat c'est qu'il entendait librement se conformer à l'option du mandataire.

Théoriquement, l'analyse proposée par la Cour de Cassation semble correcte; le mandant, par l'intermédiaire du mandataire, conservait son entière liberté d'option. La décision du mandataire n'est, par suite d'une fiction juridique, que l'expression de la volonté actuelle du mandant. Au moment où la dame CASASSUS renonçait à la succession de sa belle-mère, elle n'était que l'écran à travers lequel s'exerçait l'action de son époux.

Il est vrai que certains auteurs, M. BATTIFOL dans sa note sous l'arrêt du 9 mars 1937, ont objecté à la thèse de la Cour de Cassation, que l'option de l'héritier ne se traduit pas par une simple comparaison mathématique de chiffres. Il peut y figurer des éléments purement intellectuels, par exemple, la piété familiale, le mépris de l'origine de la fortune du de cujus, le soupçon d'un passif apparent ou la connaissance rigoureusement personnelle de l'insolvabilité des débiteurs héréditaires. Cet ensemble de facteurs peut influencer spécialement sur la volonté de l'héritier et l'on ne saurait prétendre qu'en ce qui les concerne, le mandataire est censé représenter le mandant. Mais raisonner ainsi serait apporter arbitrairement une limitation au principe de la représentation juridique absolument général et qui peut trouver application, même dans des conventions dominées par l'*intuitus personae*. Ou'il s'agisse d'une comparaison de chiffres ou de la prise en considération de facteurs purement personnels, le mandataire ne fait que représenter l'expression réelle et actuelle de l'héritier.

§ 3. — QUELS ENSEIGNEMENTS SE DEGAGENT DE LA VALIDITE DU MANDAT FACULTATIF

Le mandat facultatif ne saurait tomber sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future pour une double raison : en premier lieu, il ne tend nullement à l'attribution d'un droit privatif portant sur une succession non ouverte, l'action du mandataire était étroitement limitée à la représentation du mandant, et en

second lieu, il ne peut s'analyser en une renonciation ou en une acceptation anticipée, inconciliable avec la révocabilité *ad nutum* du mandat et le principe de la représentation juridique.

Nous insistons sur ce point : l'option du mandataire se confond avec celle du mandant; il est nécessaire de faire abstraction de la personne du mandataire qui, tout en participant activement à la réalisation du mandat, s'efface entièrement des conséquences de l'acte. Le mandataire n'est que le prolongement intellectuel du mandant; son rôle se borne à lui assurer son ubiquité juridique. A l'instant où le mandataire exerce l'option héréditaire, la non révocation du mandat combinée au principe de la représentation, doit nous faire conclure à une coïncidence des volontés respectives du mandant et du mandataire.

En réalité, le mécanisme spécial du contrat de mandat s'oppose à la création d'un droit successif. Sans doute, il existe des rapports juridiques entre le mandant et le mandataire qui peuvent être sanctionnés par l'action de mandat, mais ces rapports sont étrangers à la dévolution de la succession litigieuse qui demeure l'œuvre propre et actuelle du mandant.

L'arrêt du 9 mars 1937 n'apparaît donc pas nécessairement comme révélateur d'un revirement jurisprudentiel favorable aux pactes sur succession future. Par l'intermédiaire du mandataire, l'héritier conserve son entière liberté dans l'exercice de l'option qui lui sera offerte au décès du de cujus; il ne s'est pas engagé par avance à la répudiation ou à l'acceptation de la succession, il n'a pas non plus attribué sur celle-ci un droit privatif au profit d'un tiers, toutes particularités qui nous permettent d'écarter délibérément la qualification de pacte sur succession future.

TITRE III

PACTES DE RENONCIATION

A toutes les époques, les héritiers présomptifs ont éprouvé la tentation d'exercer leur option avant l'ouverture de la succession à laquelle ils ont l'espérance d'être appelés. Cette tendance peut répondre à différentes situations : désir pour un héritier insolvable de satisfaire un créancier personnel par une acceptation anticipée; souci de faciliter les arrangements de famille, de renforcer la position de l'aîné par une renonciation également prématurée.

Le Code Civil a vu avec une grande défaveur les pactes de renonciation; il les a prohibés d'une manière générale et absolue dans l'article 791. Pourtant cette prohibition, à la différence des pactes sur la succession d'autrui, ne constitue pas une de ces règles de bon sens, nous serions tentés d'écrire de droit naturel, adoptée par les législations qui se sont succédé depuis le droit Romain. Elle subit même un déclin considérable sous l'Ancien Régime où les nécessités du milieu féodal luttèrent à l'encontre du principe de la prohibition.

Les renonciations à succession future étaient sévèrement interdites en droit romain (1). Mais nous avons vu, dans l'histoire de la prohibition, que, dès le ^x^e siècle, elles s'introduisirent en droit coutumier. Ce sont des facteurs purement sociaux qui en déterminèrent l'apparition : désir de la noblesse d'éviter le morcellement des héritages, de concentrer la fortune familiale entre les mains de l'héritier du titre, afin de conserver et d'accroître l'éclat et la splendeur du nom. Il suffit de consulter les anciens auteurs pour se convaincre de l'influence que la politique joua dans l'admission, dans l'Ancien Droit, des Pactes de renonciation. Par exemple **LEBRUN** écrit (2) : « La Politique a eu la meilleure part à cet établissement: elle a considéré la préférence des mâles comme un point essentiel au soutien de l'Etat et non contente des prérogatives qu'ils ont dans les fiefs; elle a voulu permettre à la prudence des pères de leur

(1) **Cuq** Manuel de Droit Romain, p. 747.

(2) **Traité des Successions**. Livre III. Chap. VIII. Sect. I, n° 1 — voir aussi **POTHIER** (*Traité des successions* — chap. I, sect. II § III) et **Paule MALLET** — *La renonciation à succession* — thèse PARIS 1931.

en former de nouvelles dans le reste de leurs biens, en exigeant la renonciation de leurs filles ».

Le souci politique qui animait les renonciations anticipées est révélé par le fait que ces actes n'étaient possibles que de la part des filles en faveur de l'héritier du titre. Quant à la renonciation émanée d'un fils, elle était nulle, surtout si faite en faveur d'une fille.

La renonciation à succession future présentait dans l'Ancien Droit un caractère formel; si la fille était mineure, elle ne pouvait avoir lieu que par contrat de mariage, si elle était majeure, un acte quelconque entre vifs suffisait, à condition que le de cujus intervint à l'acte en donnant son consentement. Les coutumes exigeaient en général que la renonciation fût accompagnée de la remise de la dot, parfois un « chapel de roses » suffisait (Touraine-Anjou), parfois la réception de la légitime était nécessaire (Orléans-Chartres) en cas de lésion énorme autorisent la renonçante en réclamer le supplément. Quelques coutumes permettaient même par une stipulation expresse d'exclure indéfiniment les descendants de la renonçante.

Le Code Civil a entendu rompre avec la tradition de l'Ancien Droit et revenir aux principes séculaires du droit romain. Il ne semble pas que ses rédacteurs aient été, dans leur détermination, guidés par l'idée de lésion, de protection de l'héritier, car la nullité serait alors relative et non absolue, ni par celle d'absence d'objet (1) puisqu'aux termes de l'article 1130, alinéa premier, les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation. La raison profonde réside dans le préjugé nobiliaire, dans le désir d'éviter le retour des pratiques de l'Ancien Régime.

Avant d'aborder le fond même de la matière des pactes de renonciation, il nous faut répondre à un problème préliminaire qui peut s'appliquer à toutes les hypothèses que nous allons examiner. Il s'agit de l'influence de l'erreur de fait commise par l'héritier sur la qualification qu'il convient d'attribuer à la renonciation.

L'erreur de fait résulte d'un état psychologique de l'héritier présomptif qui consiste à croire vrai ce qui est faux et à croire faux ce qui est vrai. Supposons qu'un successible renonce à une succession qu'il croit future alors qu'elle est ouverte, au point de vue matériel, la renonciation est valable puisque son objet est essentiellement licite : une succession ouverte (2). Mais la doctrine ne partage pas cette opinion (3). Elle estime que la volonté est viciée et ne réunit pas les conditions exigées par la loi pour la validité de la renonciation et en premier lieu la croyance à l'ouverture préalable de la succession. D'ailleurs, s'il se trouve qu'à la suite d'un cas fortuit, entièrement étranger à la volonté de l'héritier, l'objet de la convention peut être considéré comme licite, il n'en est pas ainsi

(1) LAURENT. — Traité de Droit Civil — T. IX, p. 463.

(2) Par exemple le de cujus est décédé subitement, ou bien est établi en pays étranger, et les héritiers n'ont pas eu le moyen matériel d'être prévenus de son décès à l'instant où ils concluaient la convention litigieuse.

(3) WALH — Note Sirey 1899 — 1 — 513.

DEMOLOMBE — T. XIV, n° 303 — BAUDRY — LACANTIEREIRE. T. II, n° 1018.

pour la cause de la renonciation. Celle-ci est étroitement liée au caractère éventuel de l'opération.

Mais une autre hypothèse peut se présenter : un successible renonçant à une succession future quand il la croit ouverte (1). La bonne foi du renonçant est entière, mais par une circonstance de fait, l'héritier se trouve dans une situation contraire à l'ordre public. L'intention du renonçant est parfaitement correcte, mais le résultat de l'acte est profondément illicite. Cependant ne pourrait-on pas limiter la nullité de la renonciation au cas où lors de la découverte de l'erreur de fait, le de cujus n'est pas décédé ? Ne peut-on pas dans l'hypothèse inverse, déclarer que la volonté du renonçant subjectivement correcte à l'origine, doit recevoir application lors de l'ouverture réelle de la succession ? Il n'est rien dans un tel raisonnement de contraire aux principes généraux de la prohibition des pactes sur succession future puisque la cause de l'acte est éminemment licite et qu'à aucun moment le renonçant n'a été en mesure de connaître la situation exacte de la succession litigieuse. Mais l'article 791 frappant la renonciation future en elle-même, abstraction faite de l'intention de leur auteur, la thèse de la nullité l'emporte généralement quelles que soient les hypothèses d'erreur. La question de la preuve de la connaissance de la vie du de cujus est d'ailleurs extrêmement délicate ; c'est un état psychologique qui demeure à la charge du demandeur en nullité.

Nous sommes désormais en mesure de présenter au lecteur le plan de notre étude des pactes de renonciation. Un premier chapitre sera consacré aux renonciations conventionnelles en général soit à titre universel, soit à titre particulier. Un second à la condition de renoncer jointe à une libéralité et un troisième à la renonciation de l'institué contractuel à son titre héréditaire.

(1) A la suite d'une guerre ou d'une invasion ; le de cujus a disparu et il a été rendu un jugement déclaratif de décès. Sur la foi de ce jugement l'héritier a renoncé, et plus tard, le de cujus réapparaît.

CHAPITRE PREMIER

LES RENONCIATIONS CONVENTIONNELLES EN GENERAL

On peut se demander si, abstraction faite de la prohibition de l'article 791, les renonciations conventionnelles ne sont pas frappées de nullité absolue par application de l'article 784 qui exige, pour la validité de la renonciation, certaines formes solennelles, motivées dans l'esprit du législateur par la défaveur avec laquelle il considère la renonciation. Celle-ci, à la différence de l'acceptation ne peut se présumer; elle doit être toujours expressément stipulée, non pas par un acte quelconque, mais par une déclaration écrite, déposée au greffe du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession.

Or les renonciations anticipées, que nous étudions actuellement, ne peuvent, et pour cause, répondre à de telles exigences de forme. Leur nature même, par définition, s'oppose à leur réception sur le registre des Renonciations. Ces formalités en effet sont entourées de vérifications destinées justement à faire respecter en pratique la prohibition de l'article 791.

Pourtant c'est un fait indiscutable que dans quelques cas la jurisprudence valide les renonciations conventionnelles conclues postérieurement au décès du de cujus et exclusives des formes imposées par l'article 784. Cette question, extrêmement nuancée, doit faire l'objet d'une étude séparée. Ce n'est que dans la mesure où nous aurons déterminé la nature juridique des renonciations conventionnelles intervenues à l'ouverture de la succession, que nous pourrons songer à qualifier les renonciations anticipées, qui se présentent toujours sous la forme de conventions à l'aide de la notion de pacte sur succession future.

En résumé, le problème que nous devons résoudre se pose de la manière suivante : les renonciations anticipées sont-elles nulles en tant que constituant des pactes sur succession future, ou simplement en tant que dérogeant aux prescriptions formelles édictées par l'article 784 ?

SECTION I — NATURE JURIDIQUE DES RENONCIATIONS CONVENTIONNELLES INTERVENUES APRÈS LE DÉCÈS DU DE CUJUS

Une jurisprudence déjà ancienne décide que seule la renonciation purement abdicative est soumise aux formes de l'article 784. Ce texte n'interdit nullement aux parties appelées (1) soit par la loi, soit par une disposition testamentaire à recueillir une hérédité, de convenir que l'une d'elles abandonne ses droits aux autres intéressés, sans recourir à la déclaration au greffe, pour que, conformément à l'article 785, le successible renonçant soit censé à l'égard des tiers n'avoir jamais été héritier.

Les formes de l'article 784 ne sont donc pas exigées si la renonciation est en réalité translatrice, c'est-à-dire dissimuler une acceptation, qui peut être gratuite, au cas d'abandon pur et simple au profit des co-héritiers, ou onéreuse, si le renonçant reçoit de ces mêmes co-héritiers le prix de sa renonciation. Dans ces deux hypothèses, l'héritier n'a nullement renoncé à sa part héréditaire, il en a purement et simplement disposé.

Quelle est la nature juridique de ces renonciations conventionnelles et quels en sont les effets ?

Si la renonciation a lieu à titre onéreux, c'est-à-dire si à la place des biens héréditaires, l'héritier renonçant préfère immédiatement recevoir une somme d'argent liquide, elle n'est plus qu'un partage déguisé, car elle a pour objet de former les lots de chaque co-héritier. Elle emportera donc tous les effets du partage et en premier lieu l'effet déclaratif.

Si, par contre, la renonciation est inspirée par l'intention libérale de l'héritier, si elle bénéficie par exemple à tel autre successible nommément désigné, la jurisprudence lui applique les règles de fond des donations mais non celle de forme. Il est donc inutile que la renonciation obéisse aux règles des articles 931 et suivants du Code Civil, elle peut consister en un simple acte sous seing privé. Mais comment expliquer cette attitude bienveillante de la juris-

(1) POITIERS — 30 novembre 1881 — D. P. 82 — 2 — 247.

Voir également : Cas : 28 juillet 1938 — S — 1940 — 1 — 33.

Cette décision récente ne fait que reproduire, en la précisant, la solution admise par les arrêts antérieurs. Elle distingue entre les parties à l'acte, les héritiers; et les tiers, c'est-à-dire les créanciers héréditaires. Entre les héritiers, la convention est valable, indépendamment de toute déclaration au greffe. Mais elle est inopposable aux créanciers, en particulier au fisc relativement au paiement des droits de mutation, qui continuent à pouvoir poursuivre l'héritier renonçant comme s'il s'était porté acceptant pur et simple, et ceci jusqu'à ce qu'il ait procédé à une renonciation régulière faite au greffe, la seule valable à l'égard des tiers.

prudence ? Sur ce point, les juridictions ont parfois divergé d'opinions.

La Chambre des Requêtes dans un ancien arrêt du 15 novembre 1858 (1) avait admis que l'absence de loi spéciale exigeant en cette matière les règles de forme des donations, justifiait la validité de la renonciation conclue par acte sous seing privé. Mais cette jurisprudence s'était trouvée mise en échec par la décision précitée de la Cour de POITIERS du 30 novembre 1881, aux termes de laquelle la renonciation conventionnelle produit des effets analogues à ceux de la clause d'accroissement, c'est-à-dire que la part d'un des héritiers s'accroît de celle du renonçant, sans qu'il en résulte pour celui-ci un lien juridique avec le bénéficiaire de la renonciation qui pour le tout demeure l'ayant-cause du de cujus.

Les conséquences respectives de ces deux qualifications diffèrent profondément; si nous décidons que la renonciation s'analyse en une donation, le bénéficiaire se trouve pour partie l'ayant cause du de cujus, et pour l'autre l'ayant cause du renonçant il peut même refuser la donation, tout en acceptant sa part héréditaire et inversement, s'il refuse, la renonciation est non avenue faute de gratifié. Enfin, au point de vue fiscal, le bénéficiaire doit payer pour une part des droits de succession et pour l'autre des droits de donation.

Si, par contre, nous adoptons la thèse de la Cour de POITIERS, si nous estimons que l'effet de la renonciation se confond avec celui de la clause d'accroissement, le bénéficiaire est pour la totalité l'ayant-cause direct du de cujus et dans l'obligation d'accepter le tout ou de le refuser, sans pouvoir exiger une discrimination entre ce qu'il reçoit du de cujus et ce dont il est gratifié par le renonçant. Au point de vue fiscal, le bénéficiaire n'est assujéti qu'au paiement des droits de succession; d'autre part, au cas de répudiation par le bénéficiaire, l'accroissement profite aux autres bénéficiaires, au lieu que la renonciation soit considérée comme non avenue faute de gratifié.

La conception adoptée par la Cour de POITIERS ne paraît pas conforme à la volonté du renonçant; dans la pensée de celui-ci la renonciation n'est qu'un moyen détourné pour gratifier un de ses proches et doit, en conséquence, obéir aux règles de fond des donations entre vifs. Quant aux règles de forme, leur absence se justifie si l'on songe un instant aux risques de fraude que leur exigence entraînerait. Il suffit d'ailleurs d'évoquer à ce point de vue la jurisprudence favorable à la validité du don manuel, essentiellement exclusif des prescriptions des articles 931 et suivants.

Les tribunaux décident même parfois que la renonciation faite au greffe dissimule une libéralité; ils la considèrent comme translatrice et non abdicative. Il se peut, en effet, que l'héritier ait utilisé le mécanisme légal de la renonciation pour réaliser une donation, mais il est alors extrêmement délicat de faire une distinction entre l'acte abdicatif et l'acte translatif. La jurisprudence analyse l'intention des parties eu égard à l'état de la succession; l'insolvabilité du de cujus fera présumer l'acte abdicatif. Par contre, si la

(1) Requêtes — 15 nov. 1858 — S. 59 — 1 — 9.

succession est parfaitement solvable, l'héritier n'a pas de raisons sérieuses de renoncer et sa renonciation dissimule un acte translatif, une véritable libéralité. (1)

Cette solution présente le défaut d'une rigidité excessive; elle ne tient pas compte des facteurs purement intellectuels qui peuvent influer sur la détermination de l'héritier, s'agissant même d'une succession *in bonis*, tels le mépris de l'origine de la fortune du de cujus ou la connaissance rigoureusement personnelle de l'insolvabilité des débiteurs héréditaires. La décision de l'héritier n'est pas uniquement emportée de la considération de l'état de la succession.

Néanmoins, et nonobstant la rigueur trop grande de sa conception, la jurisprudence en présence d'une renonciation translatrice, applique strictement les règles de fond des donations entre vifs; elle admet même que le bénéficiaire, au cas où il vient à hériter du renonçant, est soumis à l'obligation du rapport, et que la renonciation est réputée non avenue si, par la suite, le renonçant peut exciper de la survenance d'enfant (2).

Ces développements étaient nécessaires pour nous permettre de préciser la nature juridique des renonciations conventionnelles. De la jurisprudence que nous venons de parcourir, il résulte que la renonciation intervenue entre héritiers dissimule toujours un acte translatif et que seule la renonciation faite au greffe conformément à l'article 784 peut être qualifiée d'acte purement abdicatif.

Tels sont les enseignements qui se dégagent de l'arrêt de la Cour de Cassation précité du 15 novembre 1858 aux termes duquel la renonciation conventionnelle entre les co-héritiers au profit d'un seul d'entre eux est une acceptation pure et simple. Si l'on pense qu'un résultat absolument identique pourrait être obtenu par une renonciation faite au greffe, il faut en conclure que la renonciation, *stricto sensu*, ne peut jamais être conventionnelle sous la forme d'un contrat, elle s'analyse en une acceptation déguisée. Il semble d'ailleurs que la déclaration réglementaire au greffe du tribunal est indispensable pour assurer l'efficacité de la convention de renonciation.

Mais en ce qui concerne le domaine des pactes sur succession future, ne retenons de cet examen des renonciations conventionnelles que leur parfaite licéité, dans l'état actuel de la jurisprudence. S'agissant de renonciations anticipées, ce n'est donc pas dans l'absence des règles de forme prescrites par l'article 784 qu'il faut rechercher la raison de leur nullité, mais uniquement dans leur qualification de pacte sur succession future.

SECTION II — RENONCIATIONS PORTANT SUR UNE UNIVERSALITÉ

Les renonciations universelles tendent actuellement à disparaître de la pratique. Fréquentes sous l'ancien Régime où elles trouvaient leur justification dans des aspirations d'ordre nobiliaire, elles

(1) Cas. Civ. 8 — 3 — 58 — D. P. 58 — 1 — 97.

(2) BORDEAUX — 22 mars 1899 — D. P. 1900 — 2 — p. 72.

n'apparaissent plus à l'époque moderne que comme une réminiscence d'un état social archaïque.

Mais leur caractère exceptionnel ne signifie nullement qu'elles aient entièrement disparu. Elles se rencontrent sous un aspect en quelque sorte sporadique et sont en général difficiles à déceler du fait qu'elles se trouvent incluses dans des conventions complexes dont certaines clauses portent sur une succession à venir, tandis que d'autres concernent une succession déjà ouverte. La prohibition de l'article 791 est profondément entrée dans les mœurs, et ce n'est qu'à l'abri du déguisement que les particuliers s'efforcent parfois d'y porter atteinte.

L'hypothèse la plus célèbre et qui voici une quarantaine d'années suscita d'innombrables et ardentes controverses résulte de la renonciation de l'ascendant donateur à son droit de retour légal. Cette renonciation que d'aucuns seraient tentés de classer parmi les renonciations à titre particulier, en tant que visant certains droits déterminés du donateur, est plus exactement qualifiée de renonciation universelle; la succession anormale constituant dans la succession du donataire prédécédé, une masse de biens à part à l'intérieur de laquelle joue la subrogation réelle et qui présente par suite tous les caractères d'une universalité. Son analyse est délicate et a suscité en doctrine des interprétations fort différentes. Nous avons d'ailleurs, lors de l'étude de l'élément successoral du pacte prohibé (1) résumé la position du problème, et il ne nous reste plus qu'à rappeler brièvement les diverses explications proposées et les procédés utilisés par la pratique notariale pour remédier à la nullité.

Cette section sera donc divisée en deux paragraphes; le premier consacré à la renonciation par l'ascendant donateur à son droit de retour légal et le second aux hypothèses exceptionnelles où il est permis en droit moderne de rencontrer des renonciations universelles, concernant une succession autre que la succession anormale.

§ 1. — LA RENONCIATION DE L'ASCENDANT DONATEUR A SON DROIT DE RETOUR LEGAL

1) *L'affaire ROUX-MENARD*. — Dans le contrat de mariage des époux ROUX-MENARD, portant adoption du régime de la communauté d'acquêts, les époux MENARD, père et mère de la future épouse, constituent en dot divers biens à leur fille, avec réserve à leur profit au droit de retour pour le cas où celle-ci décéderait avant eux sans postérité et pour le cas encore où les enfants à naître du mariage viendraient eux-mêmes à décéder sans laisser de postérité. Mais il est stipulé — et c'est maintenant que nous rencontrons la clause litigieuse — que cette réserve du droit de retour ne ferait pas obstacle à l'exécution de toutes les donations et dispositions, en usufruit, même avec dispense de caution et d'emploi, que la future épouse pourrait faire au futur époux au cours du mariage, ni à

(1) Voir infra — I^e Partie — chapitre II § 2.

l'effet de tous autres avantages et dispositions qui pourraient résulter au profit de ce dernier, soit du contrat même, soit de la loi.

Peu de temps après son mariage, la dame Roux décède sans avoir fait de dispositions au profit de son conjoint survivant, laissant pour seuls héritiers ses père et mère. Un conflit s'est élevé entre ces derniers et le sieur Roux sur le point de savoir si les biens donnés à la future épouse et grevés d'un droit de retour au profit des donateurs étaient soumis à l'usufruit légal que la loi accorde au conjoint survivant.

Le Tribunal Civil de la Seine, par jugement du 7 janvier 1899 et la Cour de Paris, par arrêt du 21 juin suivant, déboutèrent les époux MENARD et admirent la validité de la clause. Mais sur pourvoi, la Chambre Civile, par arrêt du 24 juillet 1901 (1), cassa cette décision et renvoya la cause devant la Cour d'Amiens qui, par arrêt du 6 mars 1902 (2) adopta la solution à laquelle s'était rangée la Cour de PARIS.

Quels étaient donc les arguments mis en avant par la thèse de la validité ? La Cour d'AMIENS s'attacha surtout à l'analyse de l'esprit de la clause, en s'efforçant de démontrer qu'elle était entièrement exclusive des motifs proposés traditionnellement à l'appui de la prohibition. En effet, la renonciation par l'ascendant donateur à son droit de retour légal favorise le conjoint survivant en lui permettant d'exercer son droit d'usufruit légal sur les biens compris dans la succession anormale, par dérogation aux dispositions de l'article 767. Sinon, le conjoint survivant peut se trouver dans la gêne si le plus clair de la fortune du prédécédé était constitué par les biens donnés en contrat de mariage. D'autre part, la clause est parfaitement morale, le *votum mortis* en est absent, et ne présente aucun caractère lésionnaire pour les ascendants qui, en tout état de cause, conservent la nue-propriété des biens donnés à leur enfant prédécédé. La Cour d'AMIENS fait ainsi une application éclatante de la maxime « *cessante ratione legis, cessat lex* ».

Au point de vue juridique, la Cour d'AMIENS, faisant sienne la thèse soutenue par M. LYON-CAEN dans sa note au Sirey sous l'arrêt de la Chambre Civile du 24 juillet 1901, analyse la clause litigieuse, non pas en une renonciation au droit de retour, mais en une libéralité éventuelle au profit du futur époux, de l'usufruit de la moitié des biens donnés, cette quotité correspondant au montant des droits d'usufruit du conjoint survivant en présence d'ascendants. Cette libéralité éventuelle est faite sous une double condition : l'époux donataire en pleine propriété doit être prédécédé et il ne doit pas avoir disposé des biens donnés. Cette double condition venant à se réaliser, le conjoint survivant devient rétroactivement donataire de l'usufruit de la moitié des biens dont le prédécédé avait été gratifié, qui ne figure plus dans la succession de celui-ci que pour la nue-propriété.

Sur nouveau pourvoi des époux MENARD, les Chambres Réunies

(1) S. 1901 — 1 — 433 sous Cas. 24 juillet 1901.

D. P. 191 — 1 — 537 — note SANUT — S. 1901 — 1 — 433 — note LYON CAEN.

(2) D. P. 1902 — 2 — 112.

par arrêt du 2 juillet 1903 (1) cassèrent la décision entreprise et maintinrent sur tous les points la conception défendue par la Chambre Civile « le droit de retour légal est essentiellement un droit successoral formant, à côté de la succession ordinaire et dans les circonstances que la loi détermine, une succession privilégiée dont la dévolution a lieu en vertu d'une vocation héréditaire spéciale et qui a pour objet une clause particulière de biens ». Le mode d'exercice du droit de retour légal est exclusivement régi par la loi et aux termes de l'article 791, on ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'une personne vivante, ni aliéner les droits éventuels que l'on peut avoir à cette succession.

La Cour de Cassation s'attaque ensuite à la thèse de la libéralité éventuelle soumise à une double condition : les termes clairs et précis du contrat de mariage litigieux excluent formellement l'hypothèse de la constitution d'un usufruit conventionnel au profit du conjoint survivant. En se bornant à déclarer que, le cas échéant, « leur droit de retour ne ferait pas obstacle à l'effet des avantages et dispositions pouvant résulter pour le futur époux soit du contrat de mariage, soit de la loi, les époux MENARD ont eu pour but manifeste de permettre au conjoint survivant d'exercer son usufruit légal sur les biens soumis au droit de retour et par suite ont renoncé par avance à se prévaloir d'un droit héréditaire.

L'arrêt des Chambres Réunies très solidement motivé fut vivement critiqué par la doctrine et la pratique notariale mais apaisa la controverse jurisprudentielle. Depuis cette époque, la clause de renonciation par l'ascendant donateur du droit de retour légal a disparu des contrats de mariage ou tout au moins n'apparaît plus qu'à l'abri de palliatifs destinés à remédier aux inconvénients sociaux de la nullité. Ce sont ces procédés de remplacement qu'il nous faut désormais étudier (2).

2). — *Les procédés de remplacement.* — La doctrine, à la suite de l'arrêt des Chambres Réunies, n'a pu que déplorer l'étendue excessive donnée par la Cour de Cassation à la prohibition des pactes successoraux. Les dispositions de l'article 767 qui, dans l'esprit des rédacteurs de la loi du 9 mars 1891, avaient pour but de favoriser le conjoint survivant, sont interprétées avec une telle rigueur qu'elles se retournent en fin de compte contre leur bénéficiaire.

(1) D. P. 1903 — 1 — 353 — Rapport ROULIER — Concl. BAUDOUIN.

S. 1904 — 1 — 65 — note LYON CAEN.

Pand — Franc — 1903 — 1 — 497 — note GENY.

(2) Le lecteur trouvera d'abondants développements sur cette matière dans les thèses précitées de MM. NAST et ZIMMERMANN.

Consulter également : AMBROISE COLIN et CAPITANT — T. III, n° 600.

PLANIOL et RIPERT — T. IV par MAURY et VIALLETON n° 180.

JOSSERAND — T. III n° 807 — AUBRY et RAU, T. IX § 606 bis, texte et note 13.

BEUDANT, T. V — les successions *ab intestat* par LE BALLE, n° 350.

DALLOZ — Rép. Pratique — voir Successions — n° 123.

Pourtant, il faut reconnaître que sur le plan de l'opportunité la clause de renonciation anticipée au droit de retour légal est extrêmement utile, non seulement au conjoint survivant, mais à la solidité du mariage, car on peut penser raisonnablement que la perspective d'un usufruit exercé sur les biens dépendant de la succession anormale a pu influencer sur la détermination des futurs époux. La preuve de cette valeur sociale résulte d'ailleurs du fait que, depuis 1811, les clauses de ce genre étaient couramment insérées dans les contrats de mariage, sans jamais soulever la moindre difficulté.

Deux catégories de remèdes peuvent être envisagées : on peut songer à une réforme législative, ou plus simplement à des modifications d'ordre notarial insérées dans les contrats de mariage.

A. — *Réforme législative.* — Elle consisterait à modifier l'article 767 de la manière suivante; on supprimerait de son texte les mots « sans préjudice du droit de retour » et on les remplacerait par la disposition suivante : « l'époux survivant pourra exercer son droit sur les biens soumis au droit de retour légal ».

Que faut-il penser de l'opportunité d'une réforme législative en ce sens ? Peut-être serait-elle trop radicale, car, pratiquement le droit de retour légal ne jouant qu'au sujet des constitutions de dot, se trouverait, du fait de cette disposition, vidé de la plus grande partie de son efficacité. Le conjoint survivant serait toujours en droit d'exercer son droit d'usufruit légal sur les biens donnés, et le droit de retour ne jouerait pour ainsi dire plus, les ascendants, plus âgés que l'époux, ne succédant qu'en nue-propriété.

Le législateur devra donc se montrer modéré : le but de la réforme est non pas de permettre au conjoint survivant d'exercer automatiquement son droit d'usufruit sur les biens donnés, mais d'autoriser légalement les ascendants donateurs à renoncer au droit de retour. Il se peut, en effet, que les deux futurs époux soient l'un et l'autre fortunés et que la nécessité d'exercer l'usufruit sur les biens donnés ne se fasse pas, en conséquence, impérieusement sentir.

La solution la plus conforme à l'intérêt du conjoint survivant, tout en tenant compte des situations particulières, serait donc de modifier l'article 767 en ajoutant aux mots « sans préjudice aux droits de réserve ni aux droits de retour » la phrase suivante : « néanmoins, les ascendants pourront, dans le contrat de mariage de l'enfant qu'ils dotent, renoncer en faveur du conjoint survivant à l'exercice de leur droit de retour ». La volonté des donateurs serait ainsi respectée et le principe de la succession anormale pleinement sauvegardé.

B. — *Procédés utilisés en pratique.* — M. LYON-CAEN, dans une note au Sirey, sous l'arrêt de Cassation du 24 juillet 1901 (1) avait proposé d'analyser la clause insérée dans le contrat de mariage des époux ROUX-MENARD en une donation en usufruit faite au conjoint de l'époux doté sous la double condition que celui-ci précède et qu'au jour de son décès, il n'ait point disposé de ses biens,

(1) S. 1901 — 1 — 453.

le montant de cette donation demeurant fixé par la loi, c'est-à-dire en présence d'ascendants, à la moitié des biens soumis au droit de retour légal. Or ce mécanisme proposé par l'auteur peut être réalisé d'une façon claire et sans ambiguïté par une stipulation expresse du contrat de mariage.

Mais, dans cette conception, le conjoint survivant est ayant-cause du donateur et non pas de son époux prédécédé, il ne devrait donc pas être tenu du passif successoral ni de l'imputation sur le montant de son usufruit, des libérations dont il a été gratifié par le prédécédé. D'autre part, une interprétation rigoureuse d'une telle clause déterminerait le juge à la frapper de nullité; elle peut, en effet, s'analyser en une stipulation par l'ascendant donateur du retour légal au profit d'une tierce personne, formellement interdite par l'article 961 alinéa 2. Il n'est donc pas prudent de conseiller à la pratique d'employer ce procédé.

Un autre remède, en apparence préférable, est proposé par M. GENY (1). A la suite de la première donation, l'époux donataire consent au profit de son conjoint une institution contractuelle portant sur une quotité des biens compris dans la donation et présentant les mêmes caractères que ceux de l'usufruit de l'article 767. Par l'effet de cette clause, les biens soumis à l'usufruit du conjoint sont exclus de la masse partageable et ne peuvent faire l'objet du retour légal.

Il faut également envisager l'hypothèse d'un contrat de mariage contenant une renonciation anticipée; il semble que l'on puisse alors recourir à une donation de biens à venir faite entre époux, pendant le mariage, donc essentiellement révocable, et portant sur l'usufruit de la moitié des biens donnés. Cette donation est opposable aux ascendants qui ne succèdent plus qu'en nue-propriété.

Ces remèdes divers ne paraissent pas actuellement d'un emploi extrêmement répandu. La pratique notariale semble hésitante en présence de la rigueur de la Cour de Cassation aussi la nullité de la clause demeure extrêmement gênante et constitue un nouveau témoignage de la nécessité impérieuse de modifier les articles 791 et 1130.

Laissons désormais de côté le problème de la renonciation anticipée par l'ascendant donateur à son droit de retour légal et demandons-nous si, en dehors de cette hypothèse, il existe en droit moderne, des renonciations portant sur une universalité.

§ 2. — EXISTE-T-IL EN DEHORS DE L'HYPOTHESE PRECEDENTE DES RENONCIATIONS PORTANT SUR UNE UNIVERSALITE ?

Nous avons expliqué précédemment que pour des motifs touchant à l'état des mœurs actuelles, cette variété de renonciations était devenue très rare. C'est à peine si, parfois, dans une conven-

(1) Pandectes Françaises — 1903 — 1 — 451.

tion complexe relative à la fois à une succession ouverte et à une succession à venir, on peut grâce à l'analyse juridique découvrir qu'une véritable dénonciation se dissimule sous une apparente cession de droits héréditaires.

Nous avons fait allusion à ces renonciations déguisées à l'occasion de l'étude de ce que nous avons qualifié d'intervention active des successibles dans le règlement de la succession de leur auteur. Un arrêt de la Chambre des Requêtes précité, du 19 février 1929 (1) est particulièrement caractéristique à cet égard. Aux termes de deux lettres échangées à Paris le 19 janvier 1913 par les frères DEBEAUX, il a été convenu que moyennant renonciation d'Honoré en faveur d'Alfred tous ses droits dans la succession de leur mère, à l'époque vivante, et par Alfred au profit d'Honoré à ses droits en toute propriété sur des immeubles nommément désignés, les bien dépendant de la succession de leur troisième frère Raoul, prédécédé, seraient partagés entre eux dans des conditions déterminées.

Cette convention était incontestablement nulle, comme contraire aux règles d'ordre public, édictées par les articles 791 et 1130, en tant que visant à modifier la dévolution de biens dépendant d'une succession non ouverte; mais il est permis d'hésiter sur la qualification juridique qu'il convient de lui attribuer. Est-ce une renonciation anticipée, un pacte « de non succedendo » ou un pacte sur la succession d'autrui ?

En apparence, l'acte litigieux constitue une renonciation conventionnelle portant sur une universalité puisqu'il est expressément stipulé que l'héritier renonce à tous ses droits dans la succession de sa mère. Mais la prise en considération de l'ensemble des éléments de l'acte nous détermine à penser que cette renonciation déguisée n'est qu'un des éléments du *negotium* intervenu entre les successibles, du règlement général et anticipé de la succession du *de cuius*. L'acte peut donc s'analyser en une cession de droits successifs au profit des co-héritiers du cédant, ou plus exactement en un échange des droits héréditaires d'Honoré sur la succession à venir de sa mère contre les droits de son frère sur les immeubles nommément désignés. Telle est la nature intime de la convention et nous ne croyons pas que la terminologie défectueuse employée par les parties soit susceptible d'en modifier la nature.

La conception que nous venons d'exposer peut être critiquée, car elle tend à limiter l'étendue des pactes de renonciation, mais en revanche ne présente-t-elle pas le mérite de tracer une frontière entre ces mêmes pactes et les pactes sur la succession d'autrui ? La distinction est d'ailleurs délicate. Le strict raisonnement juridique fait que toute convention sur une succession non ouverte intervenue entre co-héritiers s'analyse en une renonciation, le but de la convention étant justement d'interdire aux contractants de se prévaloir de tel droit héréditaire lors de l'ouverture de la succession. La notion de pacte sur la succession d'autrui, tout au moins dans la mesure où la convention concernerait des co-héritiers, serait donc à peu près totalement vidée de son contenu au profit du pacte de renonciation, dont le domaine se trouverait singulièrement élargi.

(1) S. 1929 — 1 — 270.

La distinction des pactes de renonciation et des pactes sur la succession d'autrui est donc en pratique fort délicate surtout si la convention est intervenue entre co-héritiers. Mais le problème doit pouvoir se résoudre par l'interprétation de la volonté des parties et des termes employés dans la convention. La mission du juge est de déterminer si le renonçant a entendu éteindre sa vocation héréditaire en stipulant toutefois que sa part reviendrait à tel de ses co-héritiers, ou bien réaliser une opération analogue à la vente de droits futurs au profit d'un tiers, c'est-à-dire conserver sa vocation héréditaire, venir à la succession en qualité d'héritier et demeurer tenu, le cas échéant, du paiement du passif successoral.

On peut ainsi parvenir à distinguer le pacte de renonciation du pacte sur la succession d'autrui. Mais il est indispensable de se dégager de la terminologie de l'acte qui peut être défectueuse et surtout de ne pas s'attacher rigoureusement au sens du mot « renoncer » qui parfois dissimule une cession pure et simple de droits éventuels. Le problème est avant tout d'interprétation tant des circonstances de la cause que de l'intention des parties.

SECTION III — RENONCIATIONS PORTANT SUR UN DROIT DÉTERMINÉ

A la différence des renonciations universelles, les renonciations particulières constituent une matière essentiellement vivante, à laquelle de nombreuses décisions de jurisprudence ont permis à l'époque moderne de connaître un regain d'actualité. Peut-être cette généralisation des renonciations particulières tient-elle à l'extrême facilité dont elles sont susceptibles de déguisement. Les conventions qui les renferment sont des actes complexes, se traduisant en apparence par une cession de droits actuels mais dont le but inavoué n'est que la dissimulation d'un pacte sur succession future.

Comment se présente en pratique la renonciation anticipée à un droit éventuel déterminé ? Ce sera le plus souvent à l'occasion de la vente par le de cujus d'un de ses biens, soit à l'un de ses successibles, soit à un tiers. Les héritiers interviendront pour s'engager à respecter les obligations de leur auteur. Mais si la vente consentie par le de cujus constitue une donation déguisée, l'intervention des successibles prend une toute autre signification : elle s'analyse non plus en un engagement de respecter les obligations du vendeur (1), mais en une renonciation à l'exercice de droits qui

(1) Il ne semble pas que cet engagement soit toujours licite, car il peut avoir pour effet d'influer sur la volonté de l'héritier dans l'exercice de son option héréditaire ; la promesse de respecter les obligations du de cujus pourrait s'analyser en un engagement d'accepter la succession. Mais la convention sera déclarée licite si l'engagement pris par les héritiers n'a pour objet que de renforcer leur obligation aux têtes, au cas d'acceptation pure et simple de la succession, ou s'ils se sont portés co-débiteurs ou cautions du vendeur.

ne naîtront qu'à l'ouverture de la succession, c'est-à-dire au droit d'exiger le rapport ou d'intenter la réduction au cas d'atteinte à la réserve des successibles en ligne directe. Telle est en cette hypothèse la seule raison d'être de l'intervention des héritiers.

L'étude qui va suivre est d'une grande importance pour la matière des pactes de renonciation: elle nous permettra de préciser quelques-uns des aspects les plus nouveaux de la prohibition des pactes sur successions futures. Nous la diviserons en deux parties: après avoir analysé les différentes hypothèses où le problème peut se poser, nous nous efforcerons de préciser la qualification la plus appropriée à la nature juridique des conventions portant renonciation anticipée à un droit héréditaire.

§ 1. — ETUDE DE QUELQUES EXEMPLES RÉCENTS EMPRUNTES A LA PRATIQUE

L'application de l'article 791 exige une renonciation à un droit éventuel, c'est-à-dire à un droit dont la naissance est déterminée par le décès du de cujus et non pas un droit dont l'exigibilité se trouve simplement retardée jusqu'à la réalisation d'un événement futur et incertain. Le droit éventuel ne confère à son titulaire qu'une simple espérance, et n'est jamais susceptible de sanctions positive. Les exemples classiques de ce droit sont l'action en réduction, l'action en retranchement et l'action en rapport.

A) *Renonciation à l'exercice de l'action en retranchement.* — Cette question a fait l'objet d'un jugement du Tribunal civil de la Seine du 22 juin 1929 (1).

Le sieur GIRARDOT, père de plusieurs enfants, se marie en secondes noces avec la dame LAMOUREUX. Quelques mois avant le mariage, il consent une promesse de vente portant sur l'universalité de ses immeubles au sieur LAMOUREUX, fils de sa seconde femme. Par la suite les options sont levées et le sieur GIRARDOT obtient de ses enfants la signature d'une déclaration notariée par laquelle ils s'engagent à ne pas critiquer les opérations réalisées.

Après le décès du vendeur, ses héritiers poursuivent en nullité la promesse de vente: elle aurait été consentie pour un prix inférieur à la valeur réelle des immeubles et constituerait une donation déguisée. D'autre part, elle déroge à la prohibition des interpositions de personnes, le sieur LAMOUREUX n'étant que l'intermédiaire grâce auquel le sieur GIRARDOT gratifie sa seconde femme au delà de la quotité disponible spéciale prévue par l'article 1098. A ces deux ordres de prétentions, le sieur LAMOUREUX oppose la convention notariée par laquelle les héritiers du vendeur déclarent apporter leur consentement à la vente et l'inapplicabilité de l'article 1110, celui-ci ne pouvant jouer que postérieurement au mariage. Or la promesse de vente avait été consentie alors que le sieur Gi-

(1) Déf. Rép. Périodique 1930 p. 81.

RARDOT et la dame LAMOUREUX n'avaient pas encore acquis la qualité d'époux.

Il est certain que dans une hypothèse de cette nature, l'article 918 ne devait pas s'appliquer; ce texte qui s'analyse en une véritable exception à la prohibition des pactes sur succession future est d'interprétation stricte; ses conditions sont d'ailleurs étroitement limitées; il faut qu'il s'agisse d'une aliénation à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit faite à un successible en ligne directe. Or dans le cas d'espèce soumis au tribunal de la Seine, la vente était faite moyennant le paiement d'un capital et de plus à un étranger, sans aucun rapport de parenté avec le vendeur. L'intervention des co-héritiers de l'acheteur était donc impuissante à modifier la nature de l'acte qui, en tout état de cause, demeurait un acte à titre grauit éventuellement sujet à l'action en retranchement.

Si donc les héritiers du de cujus sont intervenus à la vente, ce ne peut être en qualité de co-vendeurs, car ils ne possédaient aucun droit sur les immeubles vendus. En réalité, le sieur GIRARDOT a craint que la donation déguisée dont il entendait gratifier le fils de sa seconde femme ne soit critiquée le jour de l'ouverture de sa succession; aussi il a exigé de ses enfants qu'ils donnent leur consentement à l'acte. Mais dès lors, l'intervention des héritiers n'a de signification qu'à la lumière de l'idée de renonciation à un droit éventuel, plus exactement à une action en réduction spéciale, qui n'appartient qu'aux enfants du premier lit, l'action en retranchement, qui ne leur confère durant l'existence de leur auteur qu'une simple espérance et dont la naissance et non l'exigibilité, est subordonnée au décès du de cujus.

L'interprétation de la convention litigieuse ne souffrait d'ailleurs pas de difficultés sérieuses: explicitement les enfants s'engageaient à renoncer à tous les droits héréditaires qu'ils pouvaient avoir personnellement. Cet engagement, interdit par application de l'article 791, constituant un ensemble indivisible avec la cession des immeubles entraînait la nullité de tous les éléments de l'opération.

B) Renonciation à l'action en réduction et à l'action en rapport.

— Dans les exemples qui vont suivre, la donation déguisée est faite au co-héritier des renonçants; à la différence de l'hypothèse précédente, où la renonciation ne pouvait viser que la seule action en retranchement, nous sommes désormais en présence d'une renonciation à l'exercice des deux actions susceptibles de naître d'une donation faite par le de cujus à l'un de ses successibles, l'action en réduction et l'action en rapport. Par contre, dans le cas d'espèce soumis en 1929 au tribunal de la Seine, il ne pouvait être question d'une renonciation au droit d'exiger ce rapport, puisque les parties n'étaient pas héritières au même degré.

Le Tribunal de Saint-Etienne dans son jugement précité du 14 octobre 1937 (1) entre autres points relatifs à la matière des pactes sur succession future, a statué sur l'opération suivante : par acte du 6 février 1912, deux époux avaient vendu à leur fille

(1) Déf. Rép. Périodique 1938 — p. 42.

deux immeubles en pleine propriété. Les co-héritiers de l'acheteuse étaient intervenus à l'acte pour en garantir la sincérité. Cette intervention qui ne pouvait s'analyser qu'en une renonciation anticipée à des droits éventuels, ni se confondre avec l'exception prévue par l'article 918 a néanmoins été reconnue valable par le tribunal.

Plus récemment, deux arrêts de la Chambre Civile, contrairement à la conception soutenue par le tribunal de Saint-Étienne, ont analysé l'intervention des co-héritiers du donataire à la donation déguisée consentie par leur auteur, en un pacte sur succession future. Voici brièvement énoncées les circonstances dans lesquelles la question s'est présentée devant la Cour de Cassation.

Par acte du 17 septembre 1927, deux époux ont consenti à leur fils une vente immobilière pour un prix inférieur à la valeur réelle du bien. L'acte est donc, au moins en partie, animé d'une intention libérale. Le paiement de l'immeuble cédé a été retardé au décès du survivant des époux et pour rassurer ses frère et sœur, le fils acquéreur de l'immeuble leur remet deux billets par lesquels il s'engage à verser à chacun la somme de 4.328 francs après le décès des parents communs. Le caractère fictif de la vente apparaissait donc nettement dans les facilités accordées à l'acheteur dans le règlement du prix et par le montant dérisoire de celui-ci, eu égard à l'importance de l'immeuble vendu.

Par la suite, après le décès de leur fils, les parents donateurs regrettèrent leur acte de générosité et engagèrent contre la succession de leur fils une action tendant à l'annulation de la convention du 17 septembre 1927, du chef de pacte sur succession future. Dans l'intention des parties, la souscription des deux billets par le fils était une satisfaction donnée à ses co-héritiers pour qu'ils s'abstinsent, après l'ouverture des successions de leur père et mère, de critiquer l'acte litigieux. Cette augmentation fut accueillie par la Cour de Bourges dans un arrêt du 4 mars 1936 et le pourvoi formé contre cette décision, rejeté par la Chambre Civile le 16 septembre 1940 (1).

Le demandeur en cassation s'efforça de convaincre la Cour de l'applicabilité, en l'espèce, de l'article 918. Mais la remise aux successibles de billets en paiement de l'immeuble vendu ne peut être assimilée à une réserve d'usufruit ou à une constitution de rente viagère. Ce n'est que dans une hypothèse tout à fait spéciale que l'article 918 autorise les héritiers présomptifs du vendeur à renoncer par avance à toute demande ultérieure en réduction des libéralités présumées se cacher sous l'aspect de l'aliénation faite à l'un des successibles sous les modalités que nous venons d'énoncer. L'opération litigieuse a donc été annulée à juste titre comme constituant dans l'esprit des parties un abandon par les co-héritiers du donataire, en échange de la remise des billets, des droits et actions susceptibles de leur advenir ultérieurement à titre héréditaire.

Le second arrêt de la Cour de Cassation se rapporte à une matière étudiée précédemment, la donation faite en avancement d'hoi-

(1) D. H. 1940 p. 173.

rie avec dispense partielle de rapport (1). Nous avons vu (2) que la Cour d'Appel de Riom, par arrêt du 11 mai 1937, avait rejeté la demande du sieur AUFAUVRE tendant à exiger de sa sœur le rapport en moins prenant de la valeur totale d'un immeuble à elle donné par le de cujus et que, par la suite, elle avait vendu. Quelques jours après l'aliénation, il était intervenu une convention entre les parties aux termes de laquelle le sieur AUFAUVRE s'engageait, pour le cas où sa réserve serait entamée par la libéralité, à n'initier l'action en réduction que sur la base d'une créance de 50.000 francs, correspondant au prix de vente de l'immeuble. C'est sur l'existence de cette convention que la Cour de Riom s'appuyait pour rejeter la demande du sieur AUFAUVRE qui par la suite avait regretté son acte de générosité.

La décision de la Cour de Riom fut cassée par l'arrêt de la Chambre Civile du 10 mars 1941. La Cour Suprême considéra à juste raison que l'intervention du sieur AUFAUVRE constituait une renonciation à un droit éventuel, susceptible de lui échoir lors de l'ouverture de la succession maternelle, nulle comme portant atteinte aux règles d'ordre public sur l'action en réduction et à la prohibition édictée par l'article 791.

Cependant quelle que soit l'autorité que l'on puisse conférer à ces deux décisions récentes de la Cour de Cassation, nous ne saurions affirmer que la jurisprudence s'avère unanime dans la qualification du contrat litigieux, puisque nous venons de constater que dans une hypothèse absolument identique à celle soumise à l'examen de la Cour de Cassation, le tribunal de Saint-Etienne a consacré la validité de la convention.

Il nous faut donc maintenant aborder la question sous l'angle critique et nous efforcer de préciser la signification juridique de l'intervention des co-héritiers de l'acheteur.

§ 2. — NATURE JURIDIQUE DE LA CONVENTION LITIGIEUSE

La conception restrictive présentée par le Tribunal de Saint-Etienne consiste à distinguer suivant que l'acte litigieux opère un transfert immédiat de la propriété du bien vendu ou dispose simplement pour l'époque qui suivra le décès du vendeur d'un bien compris dans la succession moyennant le versement du prix aux héritiers. Ce raisonnement est visiblement inspiré par la distinction du pacte sur succession future et de la stipulation « post mortem promittentis », que la jurisprudence a surtout développée à l'occasion des controverses sur la clause commerciale. Le pacte prohibé se caractérise par ce fait que seule la succession du promettant est engagée, lui-même demeurant étranger aux effets de l'acte. Dans la stipulation post mortem, par contre, le promettant est immédiatement lié, mais l'exécution de son obligation est reportée à son décès, qui se trouve jouer, en l'occurrence, le rôle de terme incertain. En cas de faillite ou de déconfiture du promettant, la déchéance du terme peut s'ensuivre par application de l'article 1185

(1) DALLOZ Analytique 1941 — Jurisprudence p. 145.

(2) Voir supra II^e partie — Titre I chapitre V § 3.

du Code Civil. Le droit n'est donc pas affecté par la convention dans son existence, mais seulement dans son exigibilité.

Or en l'espèce, par l'effet du contrat de vente, l'immeuble est immédiatement entré dans le patrimoine de l'acheteuse et a cessé par suite de faire partie de la succession des vendeurs. D'autre part l'acheteuse a versé comptant le prix de son acquisition. Les héritiers intervenus à l'acte n'ont donc pu envisager le bien vendu comme destiné à figurer dans la composition d'une succession non ouverte.

Mais raisonner ainsi n'était pas répondre à l'argumentation du demandeur. Il fallait, en effet, faire entièrement abstraction de la distinction de la promesse « post mortem » et de la convention prohibée, qui ne concerne que le domaine des pactes sur sa propre succession. Le problème posé au tribunal n'était pas de déterminer si l'on était en présence d'une institution contractuelle exclusive des formes exigées par les articles 1082 et suivants, mais de discerner si de l'intervention des co-héritiers de l'acheteuse, il résultait une renonciation à un droit éventuel. Or, en l'absence de l'application de l'article 918, il nous faut répondre par l'affirmative : l'intervention des co-héritiers ne pouvait s'analyser en une renonciation prohibée.

Examinons à ce sujet les situations respectives des parties à l'acte. En supposant que la prétendue vente ne constitue en réalité qu'une donation déguisée, les héritiers réservataires du vendeur ne peuvent formuler aucune critique contre un acte susceptible de porter atteinte à leur réserve. Le droit ne naîtra qu'à l'instant et par l'effet du décès de leur auteur. Les réservataires pourront dès lors exiger de leur co-héritier le rapport de la donation dans la mesure où la vente constitue une libéralité déguisée, et même tenter l'action en réduction, si la quotité disponible se trouve dépassée. Mais jusqu'à l'ouverture de la succession du de cujus, ces deux actions demeurent à l'état d'espérance, plus exactement, elles constituent des droits éventuels auxquels il est interdit de renoncer et c'est justement la crainte de l'exercice de ces actions qui a déterminé le vendeur à exiger de ses héritiers l'apport de leur signature à l'acte, afin qu'ils renoncent par là même à le critiquer au cas où leur réserve serait atteinte. L'acte s'analyse donc en une renonciation à un droit éventuel, à un droit qui ne peut naître qu'au décès, qui est relatif au règlement d'une succession à venir. Peu importe que le bien litigieux ne figure plus dans le patrimoine du de cujus, les conditions du pacte prohibé n'en sont pas moins réunies.

La pratique témoigne donc d'une certaine timidité en matière de pactes de renonciation ; comme nous le faisons remarquer précédemment, la prohibition de l'article 791 semble profondément ancrée dans les mœurs et ce n'est qu'à l'abri de conventions complexes qu'il est parfois permis de rencontrer des renonciations à des droits éventuels. Encore celles-ci, et principalement dans le cas où le de cujus vend un immeuble à l'un de ses successibles, tendent-elles à se confondre avec l'exception prévue par l'article 918. On ne peut donc que recommander à l'interprète de faire preuve d'une grande circonspection et de disséquer en quelque sorte les éléments de la convention suspecte, tout en respectant scrupuleusement la distinction des pactes de renonciation et des pactes sur la succession d'autrui.

CHAPITRE II

LA CONDITION DE RENONCER JOINTE A UNE DONATION OU A UN LEGS

Le développements que nous venons de consacrer à la matière des pactes sur succession future nous ont permis de constater que la plupart des difficultés suscitées par leur étude portait sur l'existence de l'élément successoral ou de l'élément éventuel. Quant à l'élément conventionnel, nous l'avons pratiquement jusqu'ici écarté du champ de nos discussions, le considérant moins comme une condition de validité, que comme la base juridique du pacte prohibé, en l'absence de laquelle ne saurait venir à l'esprit du commentateur l'idée d'une qualification empruntée à la notion de pacte sur succession future.

L'intérêt du problème qui va désormais retenir notre attention est justement de nous prouver qu'une telle conception — quelle que soit son exactitude du point de vue des principes — ne correspond pas rigoureusement à la réalité. Il peut exister en pratique des conventions où les éléments successoral et éventuel apparaissent clairement, mais où la fusion des volontés respectives des parties, c'est-à-dire l'élément conventionnel du pacte, demeure extrêmement douteuse. Supposons qu'une personne fasse donation d'un immeuble à un tiers sous la condition que le donataire renoncera à une succession qui, à l'instant de la donation, n'est pas encore ouverte : l'élément successoral existe, les parties ont stipulé sur une succession non ouverte ; l'élément éventuel également, car c'est en considération du droit héréditaire du donataire que les parties ont envisagé la renonciation future et sur un droit éventuel dépendant de cette succession. Mais il n'en est pas moins certain que sa nature juridique demeure discutable.

En effet, si la donation est elle-même un contrat, cela ne signifie nullement que le donataire, par son acceptation, s'est engagé irrévocablement à la succession future. Le donateur a pu désirer lui laisser une option entre le bénéfice de la donation et celui de la succession, la conservation de la première dépendant de l'acceptation ou de la répudiation de la seconde. En d'autres termes, le donataire n'est pas tenu de renoncer à la succession. L'acceptation de la donation ne sera que provisoire et le donataire conservera la liberté

d'accepter la succession, quitte à faire abandon des biens donnés au donateur ou à ses héritiers.

La même situation peut se rencontrer dans le domaine des libéralités à cause de mort: le testateur gratifie par exemple un de ses proches sous la condition que le légataire renoncera soit à sa propre succession, soit à la succession à venir d'une tierce personne. Les volontés des parties ne sont pas alors concomitantes, l'acceptation du légataire ne pouvant intervenir valablement qu'après le décès du de cujus. Cependant ne peut-on pas soutenir qu'en acceptant le legs, le gratifié s'engage implicitement à renoncer à la succession litigieuse ? C'est là sans doute une question de fait qui dépend essentiellement de l'interprétation de la volonté des parties, mais qui n'en demeure pas moins la source de problèmes juridiques importants.

Un plan très simple consisterait à distinguer suivant qu'il s'agit d'un testament ou d'une donation, mais une pareille méthode nous obligerait à reprendre successivement la même argumentation. Il est préférable de procéder d'une manière plus synthétique. Nous exposerons donc au cours de ce chapitre les différentes thèses en présence en distinguant à l'occasion les solutions propres soit à la nature des legs, soit à celle des donations.

§ 1. — THESE DE VALIDITE

Cette thèse a été soutenue par quelques auteurs de la doctrine classique (1) et adoptée par un arrêt de la Cour d'Appel de Pau du 27 décembre 1883 (2). Elle consiste à distinguer suivant la nature de l'obligation imposée au légataire: une renonciation immédiate à une succession non ouverte ne saurait être utilement imposée par le testateur ou le donateur; par contre, la condition de renoncer postérieurement à l'ouverture de la succession demeurerait licite, car le testateur (ou le donateur) donne au légataire (ou au donataire) un droit d'option entre le bénéfice du legs et la succession. La volonté du légataire demeure entièrement libre jusqu'au décès du de cujus; on ne saurait soutenir que la renonciation est imposée, l'exercice de l'option ouverte au légataire constituant justement l'événement futur et incertain dont dépendra la conservation ou l'abandon de la libéralité.

Les partisans de la théorie de la validité de la clause de renonciation invoquent également un argument d'analogie; ils raisonnent par application du cas où le donataire est l'héritier du donateur et où la libéralité a été faite en avancement d'hoirie. Elle est alors rapportable à la succession du donateur, si le donataire se trouve en concours avec les co-héritiers, mais le donataire peut se dispenser du rapport en renonçant à la succession. La libéralité jusqu'à l'instant de l'exercice de l'option héréditaire, n'est donc que provisoire, elle est subordonnée à la réalisation d'un événement

(1)¹ TROPLONG — T. I n° 269 — GRENIER T. I, p. 693 note a.

(2) D. P. 1885 — 2 — 400.

futur et incertain, en l'occurrence, la renonciation du gratifié. Dans notre hypothèse, ce sont les parties elles-mêmes au lieu de la loi, qui stipulent la condition de renoncer, dont la licéité ne fait, par suite, aucun doute.

A ces deux arguments en faveur de la thèse de la validité, on peut opposer deux séries d'objections. Peu importe en effet l'instant de la renonciation, si à l'avance elle est déterminée par un engagement de l'héritier; nous avons d'ailleurs vu, lors de l'étude des renonciations conventionnelles, que celles-ci n'étaient effectives que si, postérieurement à l'ouverture de la succession, elles avaient été suivies de la déclaration au greffe prévue par l'article 784. C'est donc que la renonciation tout en intervenant à une époque où elle est essentiellement licite, peut être entachée de nullité si elle procède d'une convention préexistante. Il ne faut donc considérer que l'état psychologique du gratifié dont l'engagement a justement pour objet de l'obliger à renoncer lors de l'ouverture de la succession, et cela, dans les formes de l'article 784. L'acte extérieurement valable n'en sera pas moins nul, à raison de l'obligation préexistante qui a pu fausser dans l'esprit du gratifié le libre jeu de l'option héréditaire.

Quant à l'article 843, il ne semble pas que l'on puisse en tirer un argument en faveur de la théorie de la validité du fait que ce texte ne vise qu'un cas particulier, celui où le donataire est l'héritier du donateur, et ne peut être étendu arbitrairement à d'autres hypothèses. L'obligation imposée à l'héritier gratifié de rapporter la libéralité à lui faite ou de renoncer à la succession du donateur ne s'analyse d'ailleurs nullement en une condition résolutoire, car les actes conclus sur les biens donnés par l'héritier donataire conservent leurs effets nonobstant acceptation de sa part. En réalité, l'article 843 n'est qu'une règle destinée à assurer l'égalité des co-héritiers et à calculer la part successorale de chacun d'eux. Il est exclusif de toute idée de condition résolutoire ou de rétroactivité.

Le plus grave défaut de la thèse de la validité résulte d'une analyse insuffisante de l'intention des parties et d'une prise en considération trop absolue de l'instant de la renonciation car peu importe la forme (1) de cette dernière, si elle ne constitue que le résultat d'une obligation préexistante, mise à la charge de l'héritier. Elle n'est plus dès lors qu'un pacte de renonciation déguisée.

A l'opposé de la thèse de la validité, quelques auteurs analysent la condition de renoncer jointe à une libéralité en un véritable contrat synallagmatique, dont l'effet est d'engager irrévocablement le gratifié.

(1) En effet, il n'intervient pas en cette hypothèse de renonciation conventionnelle; la renonciation se présente normalement sous la forme d'une déclaration faite au greffe du tribunal de l'ouverture de la succession, conformément à l'article 784. Nous entendons simplement exprimer que la volonté du renonçant n'est pas libre et que sa détermination ne provient pas d'un examen objectif de l'état de la succession, mais de l'engagement pris par lui lors de l'acceptation du legs.

§ 2. — THESE DE LA NULLITE

Cette thèse est demeurée à l'état de construction doctrinale (1) et il n'existe pas, à notre connaissance, de décision de jurisprudence qui l'ait adoptée sans réserves. Elle analyse la clause litigieuse en un véritable contrat synallagmatique, le donataire s'engageant à renoncer en échange de la donation dont il est gratifié. Le donataire, par le seul fait qu'il souscrit à l'insertion de la clause, s'engage donc implicitement à renoncer et le prix de son engagement est constitué par la donation.

Une conception aussi rigide ne peut s'accommoder de la multiplicité des situations que l'on rencontre en pratique. Fréquemment, elle ne correspond pas à la volonté des parties: le donateur, bien loin de vouloir entraver la liberté d'option du gratifié, a pu n'entendre lui interdire que le cumul de la libéralité et de la succession, sans attacher spécialement ses préférences à la conservation de la libéralité.

§ 3. — THESE MIXTE

Tandis que la thèse précédente, qui analyse la libéralité sous condition de renoncer à une succession future en un véritable contrat synallagmatique, ne peut s'appliquer qu'à l'hypothèse d'une donation entre vifs, la thèse mixte s'applique indifféremment, mais avec des nuances, au cas d'une libéralité entre vifs ou d'une libéralité à cause de mort. Faisant abstraction de tout principe juridique a priori, de tout argument de texte ou d'analogie, elle se borne à l'interprétation de la volonté des parties. Toute la question consiste à déceler si par l'effet du legs ou de la donation, le légataire ou le donataire a fixé par avance le sens de l'option qu'il exercera au jour du décès du de cujus.

I. — CONDITION DE RENONCER, JOINTE A UNE DONATION ENTRE VIFS

Seule une recherche d'ordre psychologique autorise le juge à décider de l'existence d'une obligation à la charge du donataire ou de la simple interdiction formulée à son encontre de cumuler la donation et la succession. Dans la première interprétation, la clause s'analyse en une condition, c'est-à-dire en un événement futur et incertain, à la réalisation duquel est subordonnée l'efficacité définitive de la donation; dans la seconde au contraire la clause constitue une charge imposée au donataire, elle vient agir comme une sanction à l'obligation de renoncer. Dans un cas, la succession n'est envisagée qu'en tant qu'éventualité, dans l'autre le raisonnement du donataire est celui-ci: j'accepte la présente libéralité, mais je renoncerai à telle succession quand elle viendra à s'ouvrir.

(1) DEMOLOMBE — op. cit. T. I, n° 277.

Donc la jurisprudence (1) valide la clause de renonciation, quand la liberté du donataire ne se trouve pas restreinte, quand le donateur lui a laissé un choix entièrement libre. Par contre, si la renonciation est envisagée à titre de moyen de pression sur la volonté du donataire, de sanction, si dans l'esprit des parties il existe un lien étroit entre la donation et la renonciation, si la perspective de la renonciation constituait pour le donateur la cause impulsive et déterminante de la libéralité, la clause est incontestablement frappée de nullité absolue. La seule difficulté qui se présente est de décider de l'application soit de l'article 900, soit de l'article 1172.

Si nous appliquons l'article 900, la clause de renonciation sera simplement réputée non écrite et la libéralité subsistera; si nous appliquons au contraire l'article 1172 aux termes duquel « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend », nous devons conclure à la nullité, non seulement de la condition de renoncer mais de la libéralité elle-même. Quelle solution devons-nous adopter ? Il semble que s'agissant d'un acte à titre gratuit, l'application de l'article 900 s'impose d'autant plus que l'on peut estimer que le but du donateur a été avant tout de gratifier le donataire et que l'insertion de la condition de renoncer ne résulte que d'une inadvertance. Mais l'article 1172 doit lui aussi trouver application, si la donation participait à la nature des actes à titre onéreux, par exemple, s'il s'agissait d'une constitution de dot, ou si la condition de renoncer constituait réellement, dans la pensée du disposant, la cause impulsive et déterminante de la libéralité.

Telle nous apparaît la jurisprudence, toute entière fondée sur l'interprétation de la volonté des parties et dont les arguments en faveur de la clause de renonciation sont puisés moins dans la nature du pacte sur succession future que dans l'absence des motifs qui justifient traditionnellement la prohibition. Il n'est pas douteux en effet que dans la plupart des cas, l'option du gratifié sera fortement influencée par la perspective de la conservation ou de la perte de la libéralité. On peut estimer que même dans l'hypothèse où le disposant n'a pas entendu enchaîner la volonté du donataire, celui-ci a pratiquement consenti à renoncer à la succession visée à l'acte, étant donné les conséquences désastreuses susceptibles de résulter de la rétroactivité de la condition résolutoire, en particulier de l'effacement des droits réels consentis par le donataire sur les biens dont il avait été gratifié. Enfin, pratiquement, la renonciation du donataire n'est-elle pas acquise si le montant de la succession à venir est inférieur à celui de la donation ?

Comment donc peut s'expliquer la conception de la jurisprudence (2) ? Les tribunaux, s'attachant étroitement au but poursuivi par la loi font une large application de la maxime « cessante ratione legis, cessat lex ». Les motifs invoqués à l'appui de la pro-

(1) GRENOBLE — 7 janvier 1873 — S. 73 — 2 — 129 — note LYON CAEN.
TOULOUSE — 22 novembre 1890 — S. 91 — 2 — 67.
NANCY — 22 février 1908 — S. 09 — 2 — 26.

(2) LYON CAEN — S. 1873 — 2 — 129.

hibition des pactes de renonciation sont soit la crainte d'un retour offensif des anciennes coutumes nobiliaires, soit l'idée de protection de l'héritier pour lequel la renonciation entraînerait une lésion considérable. Mais ces deux motifs sont absents de la condition de renoncer jointe à une donation entre vifs, tout au moins dans la mesure où la volonté du donataire demeure libre et où la renonciation, qui n'interviendra d'ailleurs qu'après l'ouverture de la succession, n'est que la condition d'efficacité de la donation. Inversement, si la volonté du donataire se trouvait du fait de la clause réellement enchaînée, les motifs de la prohibition apparaîtraient analogues à ceux qui ont décidé les rédacteurs du Code Civil à interdire, même par contrat de mariage, les renonciations anticipées. Si donc le donataire conserve le libre exercice de son option, la dévolution héréditaire fixée par la loi n'est pratiquement pas modifiée et l'héritier conservant sa liberté peut à l'ouverture de la succession, opter dans le sens qui lui paraît le plus favorable, après en avoir apprécié en connaissance de cause les forces et les charges. On ne saurait donc affirmer que le donataire, par l'acceptation de la libéralité à lui faite, a implicitement renoncé à une succession à venir dont il ignore la valeur.

Le raisonnement est dans son ensemble séduisant, mais présente néanmoins quelques lacunes : il n'est pas certain que le donataire conserve le libre exercice de son option, car même au cas où le donateur n'a pas entendu faire pression sur sa volonté, la perspective d'être privé de la libéralité pèsera lourdement sur sa détermination et particulièrement quand la succession litigieuse est d'une valeur infime par rapport à la donation.

Laissant désormais de côté la question de la condition de renoncer jointe à une donation entre vifs, demandons-nous si les mêmes solutions se retrouvent dans l'hypothèse où la même clause a été stipulée non plus à la charge d'un donataire, mais du bénéficiaire d'une libéralité testamentaire (1).

(1) P. 269 — Consulter BARTIN — *Théorie des Conditions impossibles* p. 211-220 — PLANIOL et RIPERT Tome IV par MAURY et VIALLETON n° 247 — WALH — note au Sirey 99 — 2 — 169 NAST — thèse n° 241 — Paule MALLET — *La renonciation à succession*. — Thèse PARIS 1931.

Parfois le donateur stipule une clause pénale exigible au cas où le gratifié ne renoncerait pas à la succession. Cette clause est en principe valable, car elle n'a pas pour résultat d'entraver l'exercice de l'option héréditaire, le donataire conservant le libre choix entre le jeu de la clause et la renonciation. Mais en pratique, il se trouve que la clause est si importante que le gratifié se voit dans l'obligation de renoncer, sous peine de subir une lésion. Dans un arrêt de la Cour de MONTPELLIER du 2 décembre 1860 (S. 70-2-171) il s'agissait d'une constitution de dot contenant pour le cas d'acceptation une clause de rapport des biens donnés, capital et intérêts ; le parti le plus avantageux était nécessairement la renonciation, aussi la Cour a annulé cette clause comme constituant un moyen détourné d'obliger le donataire par le seul fait de l'acceptation de la libéralité.

La clause pénale adjointe à une donation est également frappée de nullité si elle n'a pour but que d'interdire à l'héritier l'exercice d'une action fondée sur la diminution des réserves et si manifestement l'héritier donataire éprouve plus d'avantages à renoncer à son action qu'à exécuter ladite clause.

II. — CONDITION DE RENONCER JOINTE A UNE LIBERALITE TESTAMENTAIRE

Tandis que s'agissant d'une donation, elle-même un contrat, l'acceptation par le donataire de la condition illicite peut être considérée comme un pacte, la solution est tout autre en matière de testament, qui est un acte unilatéral, essentiellement valable par lui-même sans que le légataire l'ait acceptée. L'acceptation du testament n'est qu'une condition d'exécution et non d'existence de l'acte et si ce n'est pas conclure une convention que d'accepter un testament ce n'est pas davantage d'acquiescer à la condition de renoncer à ce qu'il est susceptible de contenir.

Partant de cette distinction, AUBRY et RAU ont abouti à une conception originale (1) ; la condition de renoncer serait toujours nulle quand elle est jointe à une donation entre vifs, elle pourrait par contre être valide au cas de libéralité testamentaire, mais seulement si elle ne dissimule pas un pacte avec le testateur, destiné à entraver irrévocablement l'exercice par le légataire de son option héréditaire.

Cette conception est actuellement abandonnée, tant par la doctrine que par la jurisprudence. Nous venons de voir que celle-ci s'attache uniquement à l'intention des parties, afin de déceler le but réel de la clause de renonciation. Cette méthode peut recevoir application tant au point de vue d'une donation entre vifs que d'une libéralité testamentaire.

Avant d'aborder la discussion du problème, il convient d'en délimiter strictement les contours et à cette fin d'écarter immédiatement deux hypothèses du champ de nos recherches.

Il se peut que le testateur ait imposé au légataire la renonciation à sa propre succession. Cette clause est éminemment licite, le legs ne prenant effet qu'au décès du testateur et l'obligation de renoncer ne concernant à cet instant qu'une succession déjà ouverte. Il ne s'agit plus dès lors d'une renonciation à un droit éventuel, mais d'une charge du legs.

Par contre, la disposition testamentaire peut contenir un pacte sur succession future si par exemple elle impose au légataire la vente à la succession du testateur de sa part héréditaire dans une succession à venir. Dans cette hypothèse, l'élément conventionnel, c'est-à-dire la vente, est extérieur au testament et la clause illicite puisque l'acceptation du legs mettrait le légataire dans l'obligation de conclure un pacte prohibé. La condition sera donc réputée non écrite, à moins qu'elle n'ait constitué dans la pensée du testateur la cause impulsive et déterminante de la libéralité.

C'est donc seulement quand le testateur a imposé au légataire l'obligation de renoncer à la succession d'une personne encore vivante à l'époque de son décès que des discussions peuvent naître.

(1) Tome XI — § 692 — textes et notes 20 et 20 bis.

Les auteurs, partisans de la thèse de la nullité (1) généralisant l'application de l'article 1130, estimant que par l'acceptation du legs, le légataire s'engage implicitement à renoncer à la succession. Mais en admettant même l'exactitude d'un tel raisonnement, il n'en demeure pas moins que l'élément conventionnel du pacte prohibé est étranger à l'acte litigieux, puisque l'acceptation d'un testament constitue essentiellement un acte juridique unilatéral. En d'autres termes, les volontés respectives du testateur et de légataire se sont juxtaposées, mais ne se sont pas fusionnées. Il leur manque le caractère concomitant révélateur de l'existence d'un acte conventionnel.

Objectera-t-on qu'il interviendra un pacte entre l'héritier et le légataire, obligeant ce dernier à renoncer à la succession à laquelle l'héritier a l'espérance d'être appelé ? Mais l'héritier peut être, et il le sera même généralement, étranger à la délivrance du legs. Ce n'est que dans une hypothèse exceptionnelle, celle où l'héritier et le légataire sont susceptibles de venir en concours à la succession visée dans le testament, que l'héritier aurait effectivement intérêt à obtenir du légataire une renonciation anticipée. Mais en tout état de cause, ce pacte présente un caractère problématique et l'héritier n'est nullement en droit de l'exiger.

Si nous schématisons maintenant le problème de la condition de renoncer jointe à une libéralité testamentaire, nous obtenons l'une ou l'autre des solutions suivantes ; ou bien il s'agit réellement, dans la pensée du testateur, d'une condition, c'est-à-dire d'un événement futur et incertain et il ne saurait être question d'un engagement que conclue qui lierait à l'avance la volonté du légataire (2) ; ou bien la condition de renoncer est une charge du legs et nous appliquons le mécanisme propre à celui-ci, la délivrance doit s'effectuer immédiatement, mais au cas d'inexécution de la charge, les héritiers du testateur seront en droit, par application des articles 954 et 1046 du Code Civil, soit de poursuivre l'exécution lors de l'ouverture de la succession, soit de réclamer la révocation du legs.

Que décider au cas où l'héritier a exigé du légataire une convention de renonciation ? Il ne semble pas que cette convention quoiqu'entachée de nullité absolue ait un rapport quelconque avec la validité du legs. En effet, à moins qu'elle ait été expressément stipulée par le testateur, on ne saurait admettre qu'elle soit entrée dans les prévisions de ce dernier. Elle est entièrement indépendante du legs et sa chute ne saurait entraîner l'annulation.

En résumé, la condition de renoncer à une succession à venir jointe à une libéralité testamentaire ne peut s'analyser en un pacte sur succession future ; il lui manque l'élément conventionnel, c'est-à-dire la concomitance des volontés respectives du testateur et du légataire. Son mécanisme est analogue à celui d'une condition ou

(1) DEMOLOMBRE — T. XVIII n° 276.

(2) Au cas de condition suspensive, la délivrance du legs n'a pas lieu immédiatement ; elle ne se produira qu'après la renonciation du légataire à la succession à venir. Au cas de condition résolutoire, l'héritier du testament est tenu de délivrer le legs, mais celui-ci sera rétroactivement anéanti par l'acceptation de la succession de la part du légataire.

d'une charge auxquelles se trouve subordonnée l'efficacité définitive du legs. Si, par contre, l'héritier a exigé du légataire qu'il s'engage immédiatement à renoncer à la succession, cette clause est nulle comme constituant un pacte sur succession future. Mais son caractère autonome fait que sa nullité est impuissante à rejailir sur la validité de la disposition testamentaire, à moins que la signature de cette convention prohibée n'ait été, dans l'esprit du de cujus, la cause impulsive et déterminante de la libéralité, auquel cas le legs et la condition de renoncer seront l'un et l'autre frappés de nullité.

CHAPITRE III

LA RENONCIATION AU DROIT RÉSULTANT D'UNE INSTITUTION CONTRACTUELLE

L'institution contractuelle, ou donation de biens à venir est une libéralité par laquelle le disposant s'engage à laisser au gratifié, lors de son décès, tout ou partie des biens dont il n'aura pas disposé à titre onéreux. Elle constitue un véritable pacte sur succession future, autorisé exceptionnellement en faveur du mariage par les articles 1082 et suivants du Code Civil.

Elle diffère de la donation entre vifs ordinaire en ce qu'elle a pour objet des biens à venir, des biens que l'instituant possèdera à son décès, alors que la donation entre vifs n'a pour objet que les biens présents. A ce point de vue, c'est donc un droit de succession analogue à celui de l'héritier réservataire qu'elle confère au donataire.

Mais, par contre, la donation de biens à venir diffère du legs en ce qu'elle est irrévocable: le donateur ne peut retirer à l'institué le droit de succession qu'il lui a conféré par contrat. C'est une conséquence de la règle suivant laquelle une partie ne peut pas rompre un contrat sans l'assentiment de l'autre. Le donateur ne peut donc pas se libérer de l'institution contractuelle retirer au donataire en aliénant ses biens à titre gratuit. Il peut les aliéner à titre onéreux mais il n'a plus la possibilité de consentir des aliénations à titre gratuit sur les biens dont il a disposé.

L'institution contractuelle est une forme de donation à laquelle le donataire et le donateur lui-même peuvent trouver avantage. Le donataire, bénéficiaire de l'institution est certain que la succession du donateur lui reviendra, puisque celui-ci ne peut plus désormais disposer de sa succession, tandis que si le futur époux avait été simplement institué légataire universel par testament, le testateur aurait toujours la possibilité, jusqu'à son décès, de révoquer sa disposition.

D'autre part, et c'est ici qu'il y trouve, grâce à l'institution contractuelle, le donateur qui veut faire une libéralité à l'un des époux

n'est pas obligé de se dépouiller immédiatement, à la différence de ce qui a lieu pour la donation ordinaire.

L'institution contractuelle n'est admise par la loi que dans trois cas :

1°) Elle peut être consentie dans un contrat de mariage par une personne quelconque au profit de l'un des futurs époux — article 1082 ;

2°) Elle peut être, toujours dans un contrat de mariage, consentie par l'un des futurs époux au profit de l'autre — article 1093.

3°) Elle est enfin possible pendant le mariage, de la part d'un époux au profit de l'autre. Sous cette troisième forme, elle est essentiellement révocable et nous la laisserons entièrement de côté.

Nous diviserons ce chapitre en quatre paragraphes. Après avoir précisé la nature juridique du droit de l'institué contractuel, nous étudierons comment la renonciation à ce droit se présente en pratique, et si une renonciation directe est parfois licite. Nous terminerons par quelques observations rapides sur la question de l'apport du consentement de l'institué aux libéralités faites par l'instituant.

§ 1. — NATURE JURIDIQUE DU DROIT DE L'INSTITUE CONTRACTUEL

L'idée générale est que l'institué contractuel n'acquiert qu'un titre héréditaire et n'a durant la vie du donateur qu'une simple espérance de recevoir sa succession. Il n'a donc qu'un droit éventuel.

Donc, le donateur de biens à venir qui, par le contrat s'interdit de disposer à titre gratuit des biens, compris dans l'institution, continue de pouvoir les aliéner à titre onéreux, il peut les vendre, les hypothéquer, les grever de servitudes, il peut même aliéner l'universalité de ses biens à charge de rente viagère et rendre ainsi absolument vain le titre d'héritier qu'il a conféré au donataire. Celui-ci est donc dans la même situation que l'héritier réservataire ; il est protégé contre les libéralités mais non pas contre les actes à titre onéreux, ce qu'il a accepté, c'est le titre d'héritier et non l'émolument. Aussi le jour de l'ouverture de la succession du donateur, il sera libre de l'accepter purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, ou même de la répudier.

Mais ce rapprochement que nous venons d'esquisser entre l'héritier réservataire et l'institué contractuel a pour conséquence d'interdire à celui-ci de renoncer prématurément, c'est-à-dire durant la vie du donateur, au droit héréditaire qu'il tire du contrat. Cette renonciation anticipée tomberait sous le coup de la prohibition édictée par l'article 791.

En pratique, il n'existe d'ailleurs pas de renonciation pure et simple émanant de l'institué, car la nullité d'une telle stipulation est trop flagrante. La renonciation est le plus souvent déguisée, l'institué achetant par exemple un des biens compris dans l'institution, ou consentant à ce qu'une libéralité soit faite à son préjudice.

§ 2. — L'ACHAT PAR L'INSTITUÉ CONTRACTUEL D'UN BIEN COMPRIS DANS L'INSTITUTION

Nous venons de voir que la renonciation directe est incontestablement frappée de nullité absolue (1). Mais un problème intéressant s'est posé devant la Cour de Cassation. L'institué contractuel peut-il se porter acquéreur d'un bien compris dans l'institution, sans que cette acquisition s'analyse en une renonciation à un droit éventuel ?

Le sieur CHANTEMESSE, par contrat de mariage, avait consenti une donation de biens à venir à la dame CROZET. Par la suite, s'étant trouvé débiteur de cette dernière, il lui céda, en compensation, un des immeubles sur lesquels portait l'institution. Quelques années plus tard, il survient au donateur un enfant légitime et le sieur CHANTEMESSE attaque la cession : il soutient qu'elle constitue en réalité une libéralité déguisée et que, par suite, elle est soumise aux causes de révocation des donations. D'autre part, il prétend qu'elle est nulle comme s'analysant en un pacte sur succession future.

Quel était son raisonnement ? Tout traité intervenu entre le donateur et le donataire sur les biens compris dans l'institution est un pacte sur succession future et de plus dérogeant au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (2). Or l'institution contractuelle a conféré au donataire un droit éventuel sur l'immeuble litigieux ; l'article 791 lui interdit de renoncer à ce droit, la loi peut en effet redouter la crainte révérentielle qui entraînerait la liberté de décision du donataire, et le déterminerait peut être à traiter sous des conditions léonines. Or, en se portant acquéreur de cet immeuble à la suite d'un contrat à titre onéreux, le donataire renonce implicitement à son droit éventuel et tombe de ce fait sous le coup de la prohibition de l'article 791.

La Cour d'Appel de Riom et sur pourvoi la Chambre des Requêtes, dans son arrêt du 20 avril 1920 (3) rejetèrent cette argumentation et avec raison, semble-t-il. S'il est exact que tout traité survenu entre le donateur et le donataire sur les biens compris dans l'institution constitue un pacte sur succession future, il n'en demeure pas moins que le donateur de bien à venir conserve le droit de disposer, à titre onéreux, des éléments de son patrimoine. Il peut, par exemple, vendre à un tiers l'immeuble sur lequel le donataire a un droit éventuel, sans que celui-ci puisse élever la moindre critique contre l'aliénation : ne peut-il pas par suite le vendre à l'institué, absolument comme l'héritier réservataire est en droit de se porter acquéreur à titre onéreux de biens appartenant au de cujus, et cela, dès son vivant. La solution contraire serait désastreuse pour l'institué contractuel qui risquerait d'assister impuissant à la ruine de l'instituant, sans même se voir offrir la possibilité d'acheter les biens que l'instituant dilapide.

(1) ORLEANS — 19 mars 1887 — D. P. 89 — 2 — 114.

(2) COLIN et CAPITANT — T. III, p. 829.

(3) Déf. Rép. Périodique — 1921 n° 19716.

La conception de la jurisprudence est sur ce point indiscutable : elle n'est que la conséquence de l'assimilation de l'héritier réservataire et de l'institué contractuel (1). Notons en terminant que les solutions admises sont exactement les mêmes en ce qui concerne la situation du donataire cumulatif de biens présents et à venir.

§ 3. — LA RENONCIATION DIRECTE EST-ELLE POSSIBLE ?

L'application des principes généraux du droit des obligations autoriserait le *mutuus dissensus* des parties à briser le lien contractuel qui les unit. Normalement il devrait en être de même pour l'institution contractuelle.

Mais celle-ci se présente sous un jour particulier du fait qu'elle est obligatoirement insérée dans le contrat de mariage des bénéficiaires et qu'elle s'intègre par là au cadre des conventions matrimoniales. Nous faisons en effet abstraction de la donation de biens à venir consentie entre époux pendant la durée du mariage qui ne présente pas le caractère essentiel d'irrévocabilité. Par suite une modification quelconque à l'institution contractuelle est interdite en vertu du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, a *fortiori* un abandon de chacun des contractants à ses droits et à ses obligations. L'extinction volontaire de l'institution contractuelle ne pourra donc se produire que dans les cas exceptionnels où l'immutabilité ne joue plus.

Ces hypothèses sont au nombre de trois. La première résulte du fait que le contrat de mariage doit être rédigé obligatoirement avant la célébration du mariage (article 1394) et que jusqu'à l'instant de la cérémonie des modifications peuvent être apportées à sa rédaction sous la forme spéciale des contre-lettres prévues par l'article 1396. Si donc entre la signature du contrat de mariage et la célébration du mariage, les parties décident, d'un commun accord, de détruire l'institution contractuelle que le contrat contenait dans sa rédaction primitive, l'immutabilité des conventions matrimoniales ne s'opposera pas à l'extinction des obligations de l'instituant et des droits de l'institué.

Nous venons également de voir que dans le cas où l'institution contractuelle a lieu pendant le mariage, elle obéit aux règles générales des donations entre époux, c'est-à-dire est révocable *ad nutum* : a *fortiori* s'il est possible de découvrir le *mutuus dissensus* des parties.

Enfin, postérieurement à la dissolution du mariage par divorce, le contrat de mariage disparaissant faute d'objet, l'immutabilité des conventions matrimoniales cesse de jouer. Par contre, l'institution contractuelle conserve ses effets nonobstant le remariage d'un des époux ou la volonté unilatérale d'un des contractants. Mais à partir

(1) Il existe néanmoins une légère différence de degré dans la protection de l'héritier réservataire et de l'institué contractuel ; celui-ci peut intenter l'action paulienne contre les actes d'appauvrissement du donateur faits en fraude de ses droits, car son titre découle d'un *contrat* et non de la loi.

de cet instant, il doit être permis aux parties d'éteindre l'institution contractuelle par le *mutuus dissensus*. Il ne faut pas oublier en effet que l'institution contractuelle est une libéralité à destination familiale et qu'elle perd en grande partie sa raison d'être quand le mariage, en prévision duquel elle avait été faite, vient à disparaître. Il faut donc admettre qu'à partir de la dissolution du mariage, l'institution contractuelle tout en conservant son efficacité, peut être détruite par la volonté commune des parties.

Mais ces hypothèses conservent un caractère exceptionnel et le principe demeure que l'institution contractuelle est irrévocable même par le *mutuus dissensus* des parties, et cela parce qu'elle s'intègre dans le cadre des conventions matrimoniales et qu'elle est protégée par le grand principe formulé par l'article 1395.

§ 4. — QUID DU CONSENTEMENT DE L'INSTITUÉ AUX LIBERALITES FAITES PAR L'INSTITUANT

L'existence d'une institution contractuelle faite entre époux par contrat de mariage peut être extrêmement gênante en pratique quand la question se pose de doter les enfants communs. L'époux institué est alors tenté de renoncer au bénéfice de la libéralité, de manière à libérer une masse de biens qui permettrait de doter les enfants. Il se peut, en effet, que la quotité disponible soit absorbée par l'institution contractuelle et que le de cujus ne soit pas tenté d'entamer la réserve de ses héritiers. Mais la renonciation de l'institué au bénéfice de l'institution contractuelle est interdite en vertu de la prohibition des pactes sur succession future.

Cependant l'institué tout en se refusant à renoncer ne pourrait-il pas consentir aux libéralités faites par l'instituant dans la mesure où elles portent sur des biens compris dans l'institution, car dans l'hypothèse contraire, son intention perdrait toute raison d'être ? La jurisprudence répond par la négative et analyse l'adhésion donnée par l'institué en une renonciation anticipée à un droit éventuel. En effet, l'institué a l'espérance de recueillir le bien, en autorisant l'instituant à le donner à un tiers et en s'interdisant de critiquer l'aliénation, il renonce à un droit éventuel plus spécialement à une action qui ne naîtra que lors du décès de l'instituant, l'action en réduction. Cette renonciation présente d'ailleurs tous les caractères d'un pacte sur succession future : elle se présente sous une forme conventionnelle ; elle envisage le régleme^{nt} d'une succession non ouverte, enfin elle porte sur l'exercice d'un droit éventuel, c'est-à-dire à un droit dont la naissance et non pas seulement l'exigibilité est retardée jusqu'à l'ouverture de la succession de l'instituant.

Cette jurisprudence n'est peut-être pas, sur le plan familial et social, à l'abri de la critique, mais il convient de reconnaître qu'elle applique scrupuleusement les normes de la prohibition des pactes sur succession future, aussi la solution la plus désirable réside, et nous revenons au point névralgique du problème, dans une réforme législative des articles 791 et 1130.

APPENDICE

NATURE ET ÉTENDUE DE LA NULLITÉ

Nous venons d'exposer les principales applications modernes de la théorie des pactes sur succession future et avons vu que dans l'ensemble, la jurisprudence maintenait sévèrement la prohibition des articles 791 et 1130. Mais encore faut-il préciser les conséquences de cette sévérité : le pacte sur succession future, en admettant que sa qualification ne soit plus discutable est-il frappé d'une nullité relative, d'une nullité absolue ou simplement doit-il être rangé parmi les actes inexistantes ?

Une seconde question doit être résolue au cours de cet appendice. Le pacte sur succession future est en général une convention complexe ; les intéressés n'ignorent pas la rigueur de la prohibition et sachant qu'ils font un acte illicite, ils cherchent à le dissimuler dans un enchevêtrement de clauses, dont les unes portent sur une succession à venir, tandis que d'autres concernent le règlement d'une succession déjà ouverte. L'ensemble de ces clauses constitue parfois un tout indivisible, rendant toute ventilation impossible ; dans d'autres cas, il est au contraire permis de séparer matériellement la convention licite du pacte sur succession future. Après avoir défini la nature de la nullité, il nous faudra donc en préciser l'étendue exacte.

SECTION I — NATURE DE LA NULLITÉ

Il suffit d'évoquer un instant les motifs proposés traditionnellement, à l'appui de la prohibition pour se convaincre qu'il ne peut s'agir que d'une nullité d'ordre public, c'est-à-dire d'une nullité absolue.

Ces motifs touchent en effet pour la plupart à l'intérêt général : le législateur craint que les pactes successoraux n'aient pour résultat la résurrection des anciennes exclusions coutumières à jamais abolies, ou ne suscitent dans la pensée des parties le *votum mortis* à l'égard du de cuius. Ce sont là des notions qui tout en prenant

place sur le plan de l'opportunité, ne peuvent étant donné leur caractère politique ou moral, ne trouver une sanction appropriée que dans une nullité absolue.

Sans doute on serait tenté de nous objecter qu' parmi les motifs invoqués, il en figure un qui se rattache non pas à la protection de l'ordre public, mais spécialement à celle d'une des parties à l'acte : c'est l'idée de lésion qui, d'après certains auteurs, aurait emporté la conviction des rédacteurs du Code Civil dans leur attitude à l'égard de la prohibition. Il est exact que le pacte sur succession future, dans la mesure où il est consenti à des usuriers par un fils de famille pressé d'argent qui aliène l'hérédité future de son père, peut étant donné le caractère aléatoire de l'acte et l'inexpérience de l'aliénateur, être conclu pour un prix dérisoire, en un mot, dans des conditions que les jurisconsultes romains auraient été tentés de qualifier de *laesio enormis*. Mais en réalité l'idée de lésion et les travaux préparatoires du Code Civil en font foi, n'est pas de l'essence du pacte sur succession future. Le motif profond de la prohibition demeure d'ordre politique et moral. La vente d'une hérédité à venir *peut* être lésionnaire, elle ne l'est pas forcément, tandis qu'elle présente toujours un caractère immoral et suscite le *votum mortis* dans l'esprit de l'acquéreur. La lésion n'apparaît donc qu'un motif surabondant, formulé par les juristes pour dévoiler tous les aspects dangereux du pacte et par là même pour en renforcer la prohibition.

Dans la première partie du XIX^e siècle quelques décisions (1) admirent la sanction de la nullité relative, mais ce ne fut pas en se basant sur l'idée de lésion, ce fut en déclarant que la prohibition n'était pas d'ordre public, conception entièrement erronée depuis l'arrêt des Chambres Réunies du 2 juillet 1903 sur la clause de renonciation par l'ascendant donateur à son droit de retour légal, clause éminemment utile au point de vue social; mais qui n'en est pas moins frappée de nullité absolue. D'ailleurs la lésion n'est admise en droit positif que dans des cas exceptionnels, et en présence d'un texte formel, au profit des mineurs ou du vendeur d'immeuble: son extension à la matière des pactes sur succession future serait purement arbitraire.

Quant au concept d'inexistence, il ne saurait lui non plus nous satisfaire, étant donné que la théorie de l'inexistence est spéciale au domaine du mariage et qu'elle n'a jamais été explicitement recueillie par la jurisprudence: elle demeure à l'état de construction doctrinale. Il faut de plus, pour qu'un acte soit déclaré inexistant qu'il lui manque un de ses éléments essentiels, tel le mariage célébré en dehors de la présence de l'officier d'état civil, en d'autres termes, qu'il n'ait même pas l'apparence d'un acte valable. Or le pacte sur succession future est parfait, techniquement parlant; il réunit toutes les conditions de validité de l'engagement conventionnel, les parties ont apporté leur consentement, l'objet est une chose future et depuis le droit romain, il est admis que les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation, enfin la cause de l'engagement du promettant est soit l'intention libérale, soit la prestation qu'il reçoit de son co-contractant. Ce n'est qu'en se plaçant sur le plan

(1) Cas. 28 mai 1828 TOULOUSE 16 janvier 1891 (S. 41-2-646).

de l'opportunité sociale que le législateur frappe de nullité le pacte sur succession future et dès lors la qualification d'acte inexistant ne saurait être sérieusement retenue.

La doctrine moderne, d'une manière unanime, est favorable à la conception de la nullité absolue (1) il en résulte des conséquences importantes quant à la possibilité d'une confirmation du pacte sur succession future, et à la durée de la prescription.

CONSEQUENCES DE LA NULLITE ABSOLUE

A) — QUANT A LA CONFIRMATION.

La confirmation, licite s'agissant d'une nullité relative, édictée en égard de la protection de tel intérêt particulier, est rigoureusement interdite en matière de nullité absolue. L'intérêt des parties privées doit alors s'effacer devant les nécessités de l'ordre public.

Pourtant il fut longtemps soutenu devant les tribunaux et quelques auteurs demeurent favorables à cette thèse (2) que le pacte sur succession future pourrait valablement être confirmé par une exécution postérieure au décès du de cujus. La jurisprudence est actuellement formelle; les parties ne peuvent en aucun cas confirmer directement, même après le décès du de cujus, le pacte litigieux; elles peuvent simplement refaire un acte entièrement nouveau à condition que cet acte n'ait aucun rapport, direct ou indirect avec le pacte sur succession future.

Des exemples empruntés à la pratique nous permettront d'éclairer cette conception : par acte du 9 juin 1875 les héritiers légitimes du Baron CHOPIN d'ARNOUVILLE ont convenu de considérer comme non avenu tout testament qui avantagerait l'un des héritiers au détriment des autres; cette convention était frappée de nullité absolue, comme contenant une renonciation implicite à l'exercice de l'action en réduction ou de l'action en rapport dont les règles sont d'ordre public. Par la suite, après le décès du de cujus, son fils, institué légataire de valeurs mobilières, est interpellé par son beau-frère, le Comte de COSNAC, sur ses intentions à l'égard du testament. Il renouvelle alors son engagement, et cela, en se référant expressément à la convention de 1875; puis plus tard, il regrette son acte et prétend s'en délier unilatéralement.

La Cour de Cassation, Chambre des Requêtes, dans son arrêt du 13 mai 1884 (3), pour dénier tout effet à la reconnaissance consentie par l'héritier avantagé remarque dans ses attendus : « qu'il résulte de l'ensemble des motifs de l'arrêt attaqué, qu'en formulant cette déclaration, le défendeur n'a pas voulu se lier par un contrat nouveau et actuel qui, intervenant postérieurement à l'ouverture de la succession, aurait été valable ». Donc si la reconnaissance intervenue n'est qu'une simple référence au pacte sur succession

(1) AUBRY et RAU — T. IV (5^e édition) p. 541 § 344 noté 15.

(2) DEMOGUE — Obligations — T. II p. 863 texte et note 7.

(3) Req. 13 mai 1884 — S. 84 — 1 — 336.

future, elle est dénuée de tout effet et demeure tout comme le pacte lui-même frappée de nullité absolue.

Mais en admettant que ce point demeure acquis, l'exécution volontaire de l'acte litigieux, après le décès du de cujus, a-t-elle pour résultat d'interdire aux parties de se prévaloir de la nullité ? Il semble que non, puisque l'exécution volontaire ne peut s'analyser qu'en une confirmation tacite, or qu'elle soit expresse ou tacite, il n'est pas douteux que la confirmation est formellement prohibée. Cependant, la jurisprudence demeure hésitante, en particulier, un des attendus de l'arrêt précité de la Chambre des Requêtes du 19 février 1929 (1) n'a pas contribué à simplifier les solutions du problème.

Nous nous souvenons des conditions dans lesquelles la Cour de Cassation fut amenée à statuer : aux termes de lettres échangées entre deux frères, il a été convenu que contre renonciation à tous les droits de l'un en faveur de l'autre, les biens dépendant de leur troisième frère Raoul, seraient partagés entre eux dans des conditions déterminées. Cette convention était incontestablement nulle, comme contraire aux prescriptions d'ordre public des articles 791 et 1130. Mais, postérieurement, par une série d'actes s'échelonnant sur une période de sept années il a été fait entre les deux frères diverses attributions qui ont principalement porté sur la part de leur mère encore vivante dans la succession de leur frère prédécédé.

La Cour de Cassation rejetant le pourvoi, observe qu'au pacte sur succession future, entaché dès son origine d'une nullité absolue, et rendant toute ratification impossible, il n'a été substitué aucune convention nouvelle, spéciale, distincte et postérieure au décès de la mère de famille. Mais elle accepte de discuter la valeur des actes d'exécution invoqués au pourvoi et en décidant que le défendeur avait pu « avant toute exécution de sa part postérieure au décès se prévaloir de la nullité dudit pacte » elle semble admettre implicitement que la solution eût été autre si, postérieurement à l'ouverture de la succession, la convention litigieuse avait de la part des contractants reçu exécution volontaire et que dans ce cas, la nullité du pacte eût été couverte par cette exécution.

Cependant cette décision n'est qu'implicite, et il serait dangereux d'en généraliser les solutions. Le raisonnement a *contrario* présente toujours un caractère quelque peu artificiel et il n'est pas certain que mise directement en présence du problème la Cour de Cassation maintiendrait sa jurisprudence de 1929. Nous estimons d'ailleurs que la conception admise par cet arrêt n'est pas juridiquement correcte, car elle aboutit à restreindre arbitrairement les effets de la nullité absolue. Celle-ci par définition n'est pas susceptible de confirmation; elle repose en effet sur l'idée de renonciation à la protection légale d'un intérêt particulier. Or la nullité absolue n'est pas édictée dans l'intérêt d'une partie à l'acte, mais pour des raisons impérieuses touchant à l'ordre public. Admettre que la nullité ne peut plus être invoquée, quand postérieurement à l'ouverture de la succession, il est intervenu des actes d'exécution, c'est

(1) 19 février 1929 — S. 1929 — 1 — 270.

reconnaître implicitement que la nullité des pactes sur succession participe, à certains égards, à la nullité relative, en ce qu'elle s'explique moins par un souci de protéger l'ordre public que par la sauvegarde d'un intérêt privé (1).

Le pacte sur succession future n'est donc susceptible d'aucune confirmation expresse ou tacite; son exécution volontaire, même survenue après le décès du de cujus, ne saurait le faire échapper à la nullité absolue. Telle est la solution qu'imposent les principes généraux du droit des nullités.

B) — QUANT A LA PRESCRIPTION.

La controverse relative à la prescription de la nullité du pacte sur succession future est actuellement définitivement éteinte. Quant au siècle dernier des décisions de jurisprudence se refusaient à considérer la prohibition comme une matière où l'ordre public était étroitement intéressé, il était logique d'appliquer à la nullité encourue la prescription décennale de l'article 1304, dont la base juridique réside dans une présomption de confirmation tacite (2).

Mais nous venons justement de voir que la nullité absolue n'est pas, par essence, susceptible de confirmation. On ne peut donc correctement appliquer à la nullité du pacte sur succession future que la prescription trentenaire, non pas que l'écoulement d'un tel laps de temps confère à la stipulation prohibée une existence légale, mais parce qu'aux termes de l'article 2262 du Code Civil il rend impossible l'exercice de toute action, tant réelle que personnelle. C'est là la solution admise par une jurisprudence (3) parfaitement conforme aux données du droit positif.

SECTION II — ÉTENDUE DE LA NULLITÉ

La nécessité de consacrer quelques développements à l'étendue de la nullité du pacte sur succession future provient principalement de la complexité des conventions dans lesquelles la stipulation litigieuse se trouve insérée. La convention attaquée peut en effet porter à la fois sur une succession à venir et sur une succession déjà ouverte, par exemple un héritier présomptif renonce, moyennant un prix global à deux successions, dont l'une n'est pas encore ou-

(1) Les auteurs et les décisions de jurisprudence emploient indifféremment les expressions confirmation ou ratification; ce dernier vocable est inexact, car il ne s'agit nullement pour l'intéressé de faire sien un acte conclu par un étranger. Le terme ratification doit être strictement réservé à la terminologie du mandat et de la gestion d'affaires, tout au moins dans le domaine du droit privé.

(2) Cas. 5 novembre 1895 — S. et P. 1896 — 1 — 3 note LYON-CAEN.

(3) CHAMBERY — 13 janvier 1909 — S. 1909 — 2 — 103.

verte. D'autre part l'acte tout en étant intrinsèquement valable peut se trouver vicié par l'intervention des successibles; telle est l'hypothèse de la vente consentie par l'ascendant à l'un de ses fils et contresignée par les co-héritiers. Cette opération que nous avons précédemment rencontrée, lors de l'étude des pactes de renonciation, est en principe frappée de nullité absolue, abstraction faite du cas spécial prévu par l'article 918. Dans toutes ces hypothèses se posera la question de savoir si la nullité est limitée au pacte sur succession future proprement dit, ou si elle doit être étendue aux conventions connexes. C'est ce que quelques auteurs expriment par la formule suivante : la nullité est-elle rayonnante ou bien est-elle cantonnée ?

Pour résoudre ce problème, reprenons successivement les deux situations que nous venons d'énoncer.

1) — *La convention suspecte porte à la fois sur une succession ouverte et sur une succession à venir.*

La question posée est celle-ci : quand une convention cession ou renonciation, porte à la fois sur une succession ouverte et sur une succession à venir, est-elle seulement pour partie, c'est-à-dire en tant qu'elle a pour objet une succession future, ou bien est-elle nulle pour le tout ?

Depuis fort longtemps, la jurisprudence applique le critère de l'indivisibilité, c'est-à-dire que si les deux conventions peuvent être aisément séparées, la nullité ne sera que partielle. Quant au critère de l'indivisibilité, quelques arrêts le déduisant de l'unité de prix stipulée (1), d'autres, avec plus de raison semble-t-il, estiment que l'unité de prix ne constitue qu'un élément d'appréciation et que l'existence de l'indivisibilité dépend essentiellement de l'intention des parties. L'unité de prix sera donc utilisée comme une base de recherches mais le droit commun des preuves permettra d'établir que les parties ont entendu faire deux conventions distinctes. La ventilation du prix constitue d'ailleurs une opération extrêmement délicate.

Le critère que nous venons d'exposer n'est pas d'ailleurs absolu. Même quand les juges ont reconnu l'existence de l'indivisibilité, les parties peuvent restreindre l'effet de la nullité en acceptant de reporter l'intégralité du prix sur la succession déjà échue. Telle est la solution admise par un arrêt de la Cour d'Appel de MONTPELLIER du 26 octobre 1931 (2).

Cette conception doit être approuvée car elle n'aboutit nullement, contrairement à l'opinion de quelques auteurs, à permettre aux parties de confirmer indirectement le pacte sur succession future. Le report de la totalité du prix sur la seule convention relative à une succession déjà ouverte ne tend pas à faire produire effet à la convention portant sur une succession à venir, mais simplement à supprimer l'indivisibilité et à soustraire l'acte aux conséquences d'une nullité qui ne l'atteignait que par contre coup.

(1) GRENOBLE 19 mars 1875 — D. P. 1877 — 2 — 202.

(2) D. P. 1934 — 2 — 9.

2) — *Hypothèse d'une intervention des héritiers.*

Nous avons précisé que cette intervention avait lieu en général à l'occasion de la vente consentie par le de cujus à l'un de ses successibles, l'adhésion apportée à l'acte par les autres héritiers s'analysant en une renonciation à l'exercice de l'action en réduction ou de l'action en rapport, actions qui, jusqu'à l'ouverture de la succession, ne constituent que de simples espérances, c'est-à-dire des droits éventuels.

La Cour de Cassation dans un arrêt du 25 octobre 1925 (1) s'est montrée favorable à la conception de la nullité rayonnante, sans même, semble-t-il, en faire dépendre l'étendue de l'analyse de l'intention des parties. Il s'agissait d'un père qui avait fait à l'un de ses fils donation d'un immeuble avec dispense de rapport en nature (2) moyennant, en contre-partie, le versement d'un prix fixé forfaitairement. Les autres héritiers étaient intervenus à l'acte pour en garantir la sincérité et s'engager par là même à n'élever aucune critique lors de la liquidation de la succession du donateur. La dispense de rapport, quoique parfaitement licite, se trouvait à raison de l'indivisibilité des deux conventions, atteinte par la nullité.

Une décision plus ancienne, émanant également de la Chambre des Requêtes, avait cependant statué dans un sens opposé (3). Quoique les faits fussent exactement identiques aux précédents, la Cour estima que la dissociation des conventions litigieuses demeurerait possible. Cette solution n'est pas exclusive de toute objection car elle méconnaît le caractère synallagmatique de la convention attaquée. En effet, l'intervention des héritiers est liée étroitement à la cession consentie par le de cujus à l'un de ses successibles; cette cession, constituant le plus souvent une donation déguisée, les parties ont intérêt à obtenir la signature des héritiers afin que ceux-ci renoncent à l'exercice combiné de l'action en rapport et de l'action en réduction. Quelquefois, et c'était le cas dans la présente hypothèse, cette renonciation n'est consentie qu'en échange d'un avantage octroyé par le de cujus, par exemple de l'attribution à l'un des contractants de la quotité disponible. L'opération s'analyse dès lors en un véritable contrat synallagmatique dont les clauses sont si intimement liées les unes aux autres, que l'annulation de l'une doit nécessairement entraîner la nullité de l'autre.

En résumé, l'étendue de la nullité du pacte sur succession future esi étroitement subordonnée à une analyse rigoureuse de l'intention des parties qui seule permettra au juge de discerner si la convention suspecte forme dans sa complexité un tout indivisible, ou si, à l'inverse, les contractants se sont abstenus de faire dépendre l'exécution de la convention relative à une succession ouverte de celle de la disposition sur une hérédité à venir. C'est là une recherche d'ordre purement psychologique, délicate et nuancée, mais dont la difficulté et la variété sont une preuve éclatante de l'épanouissement que peut y rencontrer la science de l'interprétation juridique.

(1) D. H. 1925 p. 628.

(2) Depuis le décret-loi du 17 juin 1938 cette disposition n'aurait pas de sens.

(3) Requêtes 27-7-99 — D. P. 1900 — 1 — 191.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Parvenus au terme de notre travail, il ne suffit pas d'en résumer les grandes idées fondamentales, il faut permettre au lecteur d'entrevoir les perspectives de l'avenir. Dans cette conclusion générale, deux problèmes vont retenir notre attention : quel est le critère le plus exact que l'on puisse formuler du pacte sur succession future ? — Que faut-il penser, de *lege lata* comme de *lege ferenda*, de la prohibition édictée par les articles 791 et 1130 du Code Civil ?

§ 1. — LE CRITERE MODERNE DU PACTE SUR SUCCESSION FUTURE

Nous nous proposons sous cette rubrique de comparer les enseignements de la jurisprudence que nous venons d'étudier à la définition du pacte sur succession future, telle que la concevait l'école classique et que nous avons exposée dans la première partie de notre travail.

D'après la doctrine classique, les éléments du pacte sur succession future sont au nombre de trois : une convention, une succession à venir, un titre successif. Une des parties à l'acte doit se présenter en qualité d'ayant-droit à la succession, de successeur éventuel. Le de cujus doit donc conférer au bénéficiaire du pacte un droit privatif de nature héréditaire. Il doit créer à son profit un véritable titre d'héritier.

Reprenons, en faisant abstraction de toute idée préconçue chacune des catégories de pactes prohibés et recherchons si la jurisprudence moderne s'est conformée aux directives que lui adressait la doctrine classique.

I. — PACTES DE RENONCIATION.

Ils affectent toujours une forme *conventionnelle*. C'est là réellement la condition *sine qua non* de leur existence. Ils exigent non pas simplement la juxtaposition des volontés respectives des parties, mais leur fusion concomitante, d'où les graves difficultés sur lesquelles nous ne revenons pas, quand une clause de renonciation à succession future est jointe à une libéralité testamentaire.

Quant à l'élément *successoral*, il est particulièrement net, les par-

ties stipulant en prévision de l'ouverture de telle succession, enfin l'existence du titre *successif* n'est pas non plus discutable puisque c'est en vertu de son droit héréditaire que l'héritier est amené à renoncer à la succession de son auteur.

Le critère proposé par la doctrine classique est donc rigoureusement appliqué par la jurisprudence, s'agissant tout au moins des pactes de renonciation. Voyons s'il en est ainsi dans le domaine des pactes sur la succession d'autrui et des pactes sur sa propre succession.

II. — PACTES SUR LA SUCCESSION D'AUTRUI.

L'élément conventionnel et l'élément successoral existent par définition. Le pacte affecte la forme d'une vente, d'un échange, d'une donation, consentis par l'héritier présomptif en prévision de l'ouverture de la succession à laquelle il a l'espoir d'être appelé.

Quant au titre successif, il se retrouve incontestablement en la personne du vendeur, de l'échangiste ou du donateur qui cède ses droits héréditaires eu égard à sa qualité d'héritier. C'est d'ailleurs le titre successif qui permet seul de distinguer le pacte de *hereditate tertii* de la vente de la chose d'autrui, distinction qui n'a pas uniquement pour but de satisfaire l'esprit de juriste, mais qui répond à un réel intérêt pratique : tandis que le pacte sur succession future est frappé de nullité absolue, la vente de la chose d'autrui n'est atteinte que de nullité relative (1).

Mais peu importe au fond la situation de l'héritier présomptif, car abstraction faite de la qualité de l'aliénateur, on pourrait ne voir dans le pacte prohibé qu'une vente de la chose d'autrui. Le caractère original et dangereux à la fois du pacte réside dans le fait qu'un droit de nature spéciale est conféré au bénéficiaire de la convention, or ce droit consiste-t-il en un titre successif, analogue à celui de l'héritier présomptif, ou en un simple droit éventuel ?

Raisonnons sur l'exemple classique, celui de la vente d'une hérédité à venir. L'acheteur n'obtient du fait du contrat aucun droit ferme, aucun droit immédiat ; il n'acquiert que l'espérance de venir un jour réclamer à la succession du de cujus l'exécution de la convention ; il ne se présente donc pas en qualité d'héritier mais de créancier. L'exercice de l'option héréditaire continuera d'appartenir au vendeur qui sera tenu d'autre part, en cas d'acceptation pure et simple, de l'obligation aux dettes. Seulement l'héritier ne figurera que fictivement dans les opérations de liquidation et c'est son ayant-cause qui profitera de son acceptation, si la succession est solvable. Par ailleurs, l'acheteur étant devenu du fait du contrat créancier de l'héritier pourra se substituer à celui-ci pour accepter la succession en ses lieu et place au cas de négligence frauduleuse de son débiteur.

Telle serait la situation des parties si l'article 1600 ne prohibait pas expressément la vente d'une hérédité à venir. L'acheteur n'ac-

(1) Cassation Civile — 23 janvier 1932 — S. 32 — 1 — 666.

Cassation Requêtes — 15 janvier 1934 D. H. 34 — 97.

quiert pas un titre successif, mais un simple droit éventuel qui ne se transformera en droit de créance et ne deviendra exigible que par le fait de l'ouverture de la succession. Quant au titre successif proprement dit, il n'existe réellement que dans la personne du cédant, dont la seule qualité est insuffisante à caractériser le pacte sur succession future.

Seule la notion de droit éventuel est donc assez large pour constituer le critère du pacte sur la succession d'autrui. La conception de la doctrine classique, trop étroite, se trouve mise en échec.

III. — PACTES SUR SA PROPRE SUCCESSION.

Le de cujus confère par contrat un droit privatif sur sa succession à venir, droit qui ne prendra naissance qu'à l'instant et par le fait de son décès. Mais ce droit privatif s'analyse-t-il en un titre héréditaire, ou plus généralement en un droit éventuel ?

S'agissant de l'institution contractuelle, il n'est pas contestable que le bénéficiaire reçoive un titre d'héritier, une véritable vocation successorale, analogue à celle de l'héritier réservataire. C'est cette acceptation du titre héréditaire et non pas de l'émolument, qui constitue justement le trait caractéristique de l'institution contractuelle. Mais il serait arbitraire d'étendre aux autres variétés de pactes sur sa propre succession, une conception qui ne convient qu'à une hypothèse absolument exceptionnelle.

L'époux survivant, bénéficiaire de la clause commerciale acquiert-il du fait de son contrat de mariage la qualité d'héritier présomptif ? Durant toute l'existence du promettant, son droit se trouve réduit à l'état d'expectative, l'obligation du promettant étant pratiquement dénuée de sanction. Au décès, le droit du bénéficiaire, d'espoir se transforme en droit de créance par un phénomène juridique qualifié par quelques auteurs de « novation ». L'époux survivant a désormais le droit de réclamer à la succession l'exécution de la clause du contrat de mariage. Il peut faire jouer l'option qui lui est ouverte, soit en prélevant moyennant le versement d'une indemnité aux héritiers le fonds de commerce propre à l'époux prédécédé, soit en l'abandonnant. Mais sa situation est toute différente de celle d'un légataire ou d'un institué contractuel à titre particulier, qui l'un et l'autre possèdent une véritable vocation successorale. Le bénéficiaire de la clause commerciale (1) tient en effet ses droits d'un contrat à titre onéreux, dont les dispositions se trouvent suspendues à la réalisation d'un événement futur et incertain. Ces droits qui durant la vie du promettant demeurent à l'état d'expectative, sont voués en une créance immédiatement exigible, assortie d'une option qui permet au bénéficiaire de faire jouer la clause au mieux de ses intérêts, par exemple, de laisser le fonds de commerce à la succession s'il lui paraît déprécié. A l'inverse, si le conjoint

(1) Ces observations n'ont de valeur que dans la mesure où l'on peut approuver la jurisprudence de la Cour de Cassation. Si l'on admet au contraire que la clause commerciale ne constitue qu'une stipulation *post mortem promittentis*, il est vain d'y rechercher le critère du pacte sur succession future.

survivant avait été institué légataire du même fonds de commerce, il l'aurait vu par le fait du décès du testateur, son espérance vouée en un droit réel, en un droit de propriété, sans que la réalisation de ce droit soit subordonnée au jeu d'une option postérieure à l'ouverture de la succession.

Tel nous apparaît le titre successif, droit de nature spéciale, qui ne peut être créé que dans des cas limitativement énumérés par la loi et qui, en tout état de cause, ne saurait découler des dispositions d'un contrat essentiellement onéreux. Ajoutons que l'idée de titre successif est contraire aux intentions du promettant qui n'a nullement entendu créer un profit de son conjoint survivant une vocation héréditaire sur son fonds de commerce propre. Il a seulement voulu lui permettre de le recueillir dans son patrimoine en lui conférant un droit qui une fois devenu exigible, sera absolument identique à celui d'un créancier.

Nous pourrions appliquer le même raisonnement aux hypothèses prévues par l'article 1868; ce n'est pas à titre d'héritier que l'associé survivant est en droit d'exiger la continuation de la société, à l'exclusion des héritiers du prédécédé, c'est en vertu d'un contrat à titre onéreux — nous reprenons toujours la formule lapidaire contenue dans les attendus de l'arrêt Louis Dreyfus dont les dispositions sont subordonnées à la réalisation d'un événement futur et incertain.

Il est inutile de prolonger la discussion. Si même nous admettions que la clause d'accroissement, sous sa forme originaire (1) et la dispense partielle de rapport jointe à une donation en avancement d'hoirie, créent au profit de leurs bénéficiaires un véritable titre successif, cette notion demeurerait trop étroite pour justifier dans son ensemble la jurisprudence sur les pactes *de succedendo*. La critère le plus proche de la réalité juridique demeure donc le droit éventuel.

C'est la novation de l'espérance conférée au bénéficiaire par le contrat litigieux, en un droit de créance immédiatement exigible, à l'instant et par le fait du décès du promettant, qui consacre aux yeux de la jurisprudence moderne l'existence du pacte prohibé, et nous aboutissons ainsi à la définition suivante : *toute convention relative à une succession à venir et qui ne confère à son bénéficiaire qu'un droit éventuel sur cette succession est un pacte sur succession future.*

**

Faut-il donc conclure qu'il n'existe pas d'autre définition du pacte sur succession future que celle que nous venons de formuler ? Nullement et quelques auteurs se sont parfois efforcés d'édifier un critère original, exclusif des notions de titre successif et de droit éventuel.

C'est ainsi que M. VIALLETON, dans une note au *Sirey* sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 janvier 1928 (1) écrit que

(1) C'est-à-dire telle qu'elle fut soumise à la Cour de Cassation lors de l'arrêt du 24 janvier 1928.

(2) S. 1929 — 1 — 137.

le concept de titre successif est à la fois trop vague et trop fuyant. Sur ce point, nous ne sommes déjà que partiellement d'accord avec lui. Nous proposons également d'abandonner le critère du titre successif est à la fois trop vague et trop fuyant. Sur ce point, nous ne sommes déjà que partiellement d'accord avec lui. Nous proposons également d'abandonner le critère du titre successif non pas à raison de son caractère trop large, mais parce qu'au contraire nous l'estimons trop étroit. C'est pour remédier à son insuffisance que nous prétendons le remplacer par la notion de droit éventuel. Toujours est-il que M. VIALLETON présente un système entièrement nouveau, reconnaissons-le, qui lui est absolument personnel : la distinction des pactes purement successoraux et des actes patrimoniaux à incidence successorale. Les premiers seuls seraient visés par la prohibition.

Remarquons avant d'entamer la discussion de ce nouveau critère, qu'il ne peut s'appliquer qu'aux pactes sur sa propre succession. L'étendue de la prohibition ne serait pas modifiée en ce qui concerne les pactes sur la succession d'autrui et les pactes de renonciation. Le pacte purement successoral se caractériserait par le fait que le de cujus a entendu dégager son patrimoine des conséquences de la convention litigieuse et en reporter les effets, favorables ou non, sur sa seule hérédité. Par contre, les pactes patrimoniaux à incidence successorale intéresseraient essentiellement le de cujus dès son vivant, mais pratiquement, il trouveraient un aboutissement dans la masse héréditaire et s'apparenteraient par là aux stipulations *post mortem promittentis*.

Si nous appliquons cette théorie aux cas d'espèce que nous venons d'étudier, nous constatons que l'on doit valider la promesse de vente, quand tout au moins le délai d'option continue de courir après le décès du promettant. En effet l'engagement de la succession ne fait que prolonger celui du de cujus. Le pacte frappe principalement le patrimoine du promettant, mais aboutit ou plus exactement peut aboutir, si l'option n'est pas levée lors de son décès, dans la masse héréditaire. Par contre, si l'option ne peut être levée qu'après l'ouverture de la succession, la convention est nulle car le promettant est personnellement dégagé et seule la masse héréditaire grevée de l'obligation.

Avec la clause d'accroissement, le but poursuivi est à la fois personnel et patrimonial; chaque co-acquéreur recherche des avantages qui peuvent se réaliser dès son vivant; c'est avant tout dans son intérêt propre que chacun des intéressés a stipulé qu'il espère acquérir une co-propriété élargie et peut-être, au cas de survie, la propriété exclusive de la totalité de l'immeuble. Mais en échange de cet espoir de gain, il existe un risque de perte, un abandon corrélatif susceptible de se réaliser au détriment de la succession, mais simplement par incidence secondaire.

M. VIALLETON ajoute que le motif profond de la prohibition et le seul qui ait actuellement conservé une valeur réelle réside dans un souci de protéger les héritiers réservataires. L'action en réduction n'est en effet recevable qu'à l'encontre des actes à titre gratuit. S'il n'existe aucune protection des héritiers réservataires vis-à-vis des actes à titre onéreux, c'est que dans cette catégorie d'actes, le de cujus reçoit une contre-partie qui fait présumer la conformité

de ses intérêts propres et de ceux de ses co-héritiers. S'il ruine ses héritiers, il se ruinera lui-même, tandis que par des legs il pourrait jusqu'à l'instant de son décès conserver par devers lui la totalité de sa fortune, sans que ses descendants puissent en recueillir le moindre élément.

Dans cette conception nouvelle, le pacte sur succession future aurait pour but de permettre au de cujus de demeurer étranger aux conséquences préjudiciables de l'acte et de les faire rejaillir sur la masse héréditaire. Les héritiers ne sont plus alors protégés comme lorsqu'il s'agit d'un acte à titre onéreux par la présomption de conformité de leurs intérêts avec ceux du de cujus. C'est ce qui justifierait la nullité de la clause commerciale qui tout en dégageant la personne du de cujus du « champ obligatoire » vient grever et parfois lourdement, la masse héréditaire.

Cette conception qui s'apparente étroitement à la distinction de la promesse « post mortem » et du pacte prohibé mais qui en modifie singulièrement la signification juridique est parfaitement défendable en théorie; il est normal, équitable même, de ne pas annuler les opérations qui, bien que se répercutant sur la succession du promettant, sont déjà nées de son vivant. Les héritiers ne seraient pas alors fondés à se plaindre d'une lésion, puisque le de cujus courait lui-même le risque de se voir réclamer l'exécution de son obligation. Mais appliquée en pratique, elle apparaît immédiatement trop absolue. Pour que le de cujus puisse agir valablement, il faut que les conséquences du contrat pèsent sur lui de son vivant et non pas après son décès sur sa seule succession à venir. Il est incontestable que dans une convention de ce genre, le de cujus est personnellement intéressé dès son vivant et que l'attribution de la part successorale ne se produira qu'au décès, c'est-à-dire que la convention n'est successorale que par incidence, mais il n'est pas contestable non plus que la jurisprudence annulerait une semblable convention comme constituant un pacte sur succession future.

Quant au motif proposé par M. VIALLETON, il ne nous paraît pas en dépit de son caractère original, et qui plus est séduisant, susceptible de modifier la conception traditionnelle: en effet, appliqué rigoureusement, il devrait conduire la jurisprudence à l'annulation des clauses dans lesquelles le de cujus ne se trouve pas personnellement engagé et qui ne jouent qu'à l'encontre des héritiers, c'est le cas de la donation en avancement d'hoirie avec dispense partielle de rapport, et de la clause de continuation de la société avec une seule catégorie d'héritiers. Ces deux variétés de conventions qui laissent entièrement le de cujus étranger à leurs conséquences et qui n'ont d'effet que sur la succession, sont pourtant expressément validées par la jurisprudence.

Le fondement proposé par M. VIALLETON est donc ou trop large ou trop absolu; mieux vaut s'en tenir à la définition que nous avons précédemment dégagée, ne pas tant considérer la personne du de cujus que la situation juridique du bénéficiaire du pacte.

Mais il ne suffit pas de condenser la théorie des pactes sur succession future en un système général, il faut également étudier le problème de *lege ferenda* et permettre au lecteur d'entrevoir quelques perspectives d'avenir.

§ 2. DE L'OPPORTUNITÉ D'UNE RÉFORME LÉGISLATIVE

L'évolution des législations étrangères (1) montre suffisamment que les craintes inspirées par les pactes sur succession future dans la législation romaine du Bas-Empire semblent actuellement en voie d'abandon. Nous avons vu qu'en pratique, une application rigoureuse des articles 791 et 1130 entraînait le juge vers l'admission de solutions éminemment regrettables. Si donc, les pouvoirs publics envisageaient dans un proche avenir l'éventualité d'une réforme générale de notre législation civile, la question du maintien des articles 791 et 1130 se poserait inéluctablement.

Le problème ne peut faire l'objet d'une discussion d'ensemble. Il est nécessaire de distinguer entre chaque catégorie de pactes, en tenant compte de la variété des motifs qui justifient la prohibition. L'attitude du législateur ne peut être que sévère à l'égard des pactes sur la succession d'autrui qui ne correspondent à aucune utilité sociale et n'ont de profits que pour les usuriers et les spéculateurs, tandis qu'à l'inverse, la faveur de l'Ancien Droit « de succedendo » jointe à une modification graduelle de l'état des mœurs peut entraîner une atténuation de la prohibition édictée par le Code Civil.

A) *Pactes sur sa propre succession.*

La jurisprudence sur la clause d'accroissement et la promesse de vente mérite une entière approbation; elle tend à valider des dispositions socialement utiles tout en appliquant strictement le critère du pacte sur succession future. Une réforme législative sur ces points n'apparaît donc pas nécessaire.

Par contre, le problème se pose avec acuité dans la matière de la clause commerciale où la Cour de Cassation semble avoir fait preuve d'une sévérité excessive. Aussi à défaut d'un revirement jurisprudentiel, il est indispensable d'envisager la modification de l'article 1389.

Le 29 mai 1935, au cours d'une séance plénière, la Société d'Etudes Législative s'est prononcée pour le principe de la réforme: un texte a été élaboré et l'article 1389 serait complété comme suit:

« Pourront en outre les époux stipuler au profit du survivant la faculté de conserver pour son compte personnel, par précompte sur ses droits et reprises, ou en payant la valeur, soit le fonds de commerce ou l'établissement agricole, même propre au prédécédé, existant au décès de ce dernier, soit des droits sociaux de celui-ci, même à lui propres dans toute société de personnes. La valeur du fonds ou de la part sociale sera estimée au jour du décès soit à l'amiable, soit par experts désignés par ordonnance de référé.

« Cette disposition est applicable à toutes les clauses du même

(1) Nous ne reprendrons pas l'étude de ces questions que M. NAST a traitées d'une manière très complète dans la troisième partie de sa thèse.

genre insérées dans les contrats de mariage, quelle que soit la dote de ces contrats.

« Toutefois, s'il s'agit d'un fonds, d'un établissement, ou de droits sociaux propres à l'époux prédécédé, cette disposition ne sera pas opposable aux enfants du premier lit ».

M. Frank DEYZAC (1) propose de renforcer cette réforme par un assouplissement du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, afin de permettre aux époux d'insérer la clause de conservation dans leur contrat de mariage, avant la dissolution du régime. L'exercice de la réserve serait également modifié. A défaut de biens ou en cas d'insuffisance, les réservataires pourraient être remplis de leurs droits au moyen d'une indemnité versée immédiatement par le conjoint survivant, ou avec délais suivant une convention conclue entre le survivant et les héritiers.

En 1938 un nouveau projet fut élaboré par la Société d'Etudes Législatives (2), M. ESMEIN exposa que la commission s'était attachée avant tout à généraliser l'emploi de la clause commerciale et à sauvegarder les droits des héritiers réservataires, quant au délai et aux modes de paiement de l'indemnité représentative de la valeur du fonds. Le projet se présentait sous la forme d'une modification apportée à l'article 1389 du Code Civil :

— article premier — l'article 1389 est complété comme suit :

« On peut insérer dans un contrat de mariage une clause donnant à l'époux survivant la faculté d'acquérir le fonds de commerce, l'exploitation agricole ou les parts dans une société en nom collectif ou en communauté simple appartenant au conjoint prédécédé à charge d'en payer la valeur appréciée au jour du décès...

« La valeur du fonds de commerce ou de l'exploitation agricole est à défaut d'accord amiable ou s'il existe des mineurs ou incapables, déterminée par expertise.

« La valeur des parts sociales est déterminée conformément aux dispositions de l'acte de société, ou à défaut conformément à celles du contrat de mariage. Toutefois les enfants ou descendants peuvent demander que la valeur des parts sociales soit fixée par expertise.

« L'époux survivant peut être contraint de faire connaître sa décision dans le mois de la mise en demeure qui lui sera faite, au plus tôt trois mois après le décès.

« Lorsque le fonds est exploité dans un immeuble dépendant de la communauté ou propre à l'époux prédécédé, l'époux survivant qui a opté pour l'acquisition peut exiger qu'il lui soit fait bail des lieux nécessaires à l'exploitation pour une durée n'excédant pas neuf ans et dans les conditions fixées par expertise à défaut d'accord.

« La durée du bail pourra être réduite à la période de trois ans en cours au cas de vente ou de partage des immeubles ruraux.

« Le paiement de la somme due en vertu des dispositions qui

(1) Revue du Notariat 1935 — n° 25967.

(2) Bulletin de la Société d'Etudes Législatives 1938 p. 66.

précédent sera garanti par le privilège du vendeur et s'il s'agit d'une exploitation agricole, par la constitution d'un warrant agricole.

— article 2 — l'article 1094 est complété comme suit :

« Les époux pourront, par disposition entre vifs pendant le mariage ou par testament, accorder au survivant la faculté de conserver pour son compte personnel le fonds de commerce, l'exploitation agricole et quand les statuts le permettent, les parts dans une société en nom collectif ou en commandite simple dépendant de la communauté, ou disposer au profit du survivant des mêmes biens ou parts propres, soit gratuitement dans les limites de la quotité disponible, et à sa charge de payer la valeur du surplus si elle est dépassée, soit entièrement à titre onéreux. Les conditions de prélèvement sont déterminées aux alinéas 3 et 4 de l'article 1389.

— article 3. — Les stipulations insérées dans les contrats de mariage antérieurs à la présente loi et permettant au survivant des époux d'acquérir le fonds de commerce, l'exploitation agricole ou les parts de société en nom collectif ou en commandite simple, appartenant au conjoint prédécédé, à charge d'en payer la valeur ne pourront être annulées comme constituant des pactes sur succession future ».

Ce projet que nous avons cité intégralement était un pas de plus vers la substitution du principe de la réserve en valeur à celui de la réserve en nature. A ce point de vue, il s'inspirait visiblement de la loi du 7 février 1938 sur le partage d'ascendants qui venait d'être promulguée. Enfin, d'utiles dispositions rétroactives validaient les stipulations relatives à la conservation du fonds de commerce ou de l'exploitation agricole propres au prédécédé et insérées dans le contrat de mariage conclus sous l'empire de la loi ancienne (1).

En nous plaçant à un autre point de vue, nous serions favorables à l'extension de l'institution contractuelle, jointe à l'admission

(1) L'année suivante, le 20 janvier 1939, le projet fut discuté par l'Assemblée générale de la Société d'Etudes Législatives (Bulletin 1939 p. 134). M. DALSACE fit remarquer avec raison qu'il existait une contradiction entre la modification apportée à l'article 1389 et celle adjointe à l'article 1094, en ce qui concerne la clause de transmission des parts sociales d'une société de personnes. Tandis que dans l'article 1094, la spécification des statuts peut s'opposer à l'efficacité du texte, dans l'article 1389, elle ne saurait empêcher l'exécution de la clause insérée même postérieurement dans le contrat de mariage d'un associé.

La critique de M. le Doyen RIPERT porta sur le droit conféré à l'époux survivant d'exiger qu'il lui soit fait bail de l'immeuble nécessaire à l'exploitation du fonds. Le projet semble en effet admettre que le jugement intervenu serait créateur d'un contrat obligatoire pour les parties. C'est là un bouleversement des principes du Code Civil ; en droit positif, il n'existe pas de contrat, *stricto sensu*, en dehors de la volonté libre des parties.

Le problème de la clause commerciale fut également l'objet de conférences et de discussions lors des Journées de Droit Civil de Mons les 10 et 11 juin 1938 (PARIS — Sirey 1939).

progressive en législation du principe de la réserve en valeur, dans la mesure où cette réforme tendrait à faciliter la transmission intégrale des petits domaines agricoles. En droit positif, un père ne peut gratifier son fils demeuré à la terre que de deux manières : par une donation qui l'oblige à se dépouiller actuellement et irrévocablement, ou par un testament, acte essentiellement révocable qui n'offre à l'héritier aucune garantie sérieuse. D'autre part, ces deux institutions ne sont valables que dans les limites, souvent étroites, de la quotité disponible. Quant au partage d'ascendants, bien que ses conditions d'application aient été notablement assouplies par la réforme de 1938, il n'échappe pas aux reproches que l'on peut formuler à l'encontre de la donation ou du testament : la donation-partage laisse l'ascendant dénué de ressources et par sa révocabilité, le testament-partage interdit à l'héritier d'escompter avec certitude la transmission du domaine à son profit exclusif (1).

Mais par le moyen de ce que le droit allemand qualifie de legs irrévocable, et qui aurait pour effet d'encourager (2), contractuel l'héritier éventuel à accroître la prospérité du domaine, celui-ci pourrait faire l'objet d'une transmission intégrale au décès du de cujus. L'opération présenterait tous les avantages de l'institution contractuelle : l'instituant conservant le bien par devers lui, avec la possibilité de l'aliéner, le cas échéant, à titre onéreux, et le fils demeuré à la terre acquérant une espérance ferme à ce que le bien ne soit pas attribué à un autre de ses co-héritiers ou licité et fractionné lors de la liquidation. L'institution contractuelle devrait donc déborder le cadre du contrat de mariage.

Quant aux co-héritiers de l'institué, ils seraient remplis de leurs droits au moyen de soultes dont le Tribunal, suivant l'état de la succession, répartirait le paiement sur une ou plusieurs échéances. On nous objectera, il est vrai, que la législation de 1938, en modifiant les articles 815 et 832 du Code Civil a rendu inutile la réforme que nous proposons. Mais nous ne verrions aucun inconvénient à ce qu'elles existassent parallèlement, l'institution contractuelle présentant sur le système imaginé par le législateur de 1938, l'immense avantage de réaliser le reflet direct de la volonté libre du de cujus.

B) *Pactes sur la succession d'autrui.*

Traditionnellement, ces pactes sont représentés comme les plus dangereux et les plus immoraux; il font naître dans la pensée de l'acquéreur le *votum mortis* et sont fréquemment une source de lésion pour le fils de famille aux abois.

Ces motifs sont actuellement tombés en désuétude. Les auteurs ont fait remarquer avec raison qu'un grand nombre d'institutions

(1) BOSQUAT Jean : La Réforme des Partages d'Ascendant par la loi du 7 février 1938 — thèse PARIS 1939.

LESGUILLIER Jean-Marie : La réforme du Partage d'Ascendant de 1938 — thèse PARIS 1941.

(2) Sur la notion de legs contractuel, consulter la thèse précitée de M. NAST : III^e partie — chapitre II § 2.

de la pratique juridique moderne impliquaient au même titre que le pacte sur la succession d'autrui le « *votum mortis captandæ* ». Il suffit de songer à la rente viagère ou à l'assurance sur la vie, qu'une jurisprudence séculaire déclarait licite, avant d'être expressément validée par la grande loi du 13 juillet 1930, ou même plus simplement à l'institution de l'usufruit.

L'usufruitier et le débirentier ont un intérêt majeur au décès prématuré du nu-propriétaire ou du crédirentier et l'application rigoureuse de cette conception ferait taxer d'immoralité la réserve héréditaire et le droit de succession lui-même.

Quant à l'idée de lésion, elle est demeurée étrangère aux rédacteurs du Code Civil. La lésion n'est d'ailleurs admise entre majeurs qu'en des hypothèses exceptionnelles et en présence d'un texte formel.

Mais il ne nous semble pas que ces considérations soient de nature à permettre d'envisager favorablement l'assouplissement de la prohibition de l'article 1130, en ce qui concerne spécialement les pactes sur la succession d'autrui. Ces pactes ne répondent en effet à aucune nécessité économique pressante; l'émolument de l'héritier est essentiellement fragile et incertain et le de cujus, sauf s'il est partie au contrat, conserve la possibilité de le diminuer librement, soit en se ruinant, soit en faisant des dispositions à titre gratuit. Le droit engendré par le contrat apparaît donc essentiellement aléatoire et c'est justement cet aléa qui, à la longue, peut faire germer le *votum mortis* dans l'esprit de l'acquéreur.

A un autre point de vue le pacte sur succession d'autrui est indécent: le droit de succession repose en effet sur la volonté présumée du défunt; or si l'héritier aliène la succession non ouverte, il trompe la volonté tacite du de cujus, car, en réalité, c'est l'acquéreur qui devient héritier. Enfin l'existence du pacte litigieux n'est-elle pas susceptible de créer des difficultés au sein de la famille, en dévoilant au de cujus l'esprit de lucre outrancier de son héritier ?

Il semble donc que l'on puisse, sans inconvénients, maintenir en législation la prohibition des pactes sur la succession d'autrui.

Cette défaveur explique les critiques adressées à la jurisprudence sur les droits de l'appelé dans la substitution permise. En admettant que celui-ci puisse disposer de son droit durant la vie du grevé, on apporte arbitrairement une exception à la prohibition des pactes sur succession future. Le droit de l'appelé — nous ne revenons pas sur un point que nous avons longuement discuté — participe à la nature du droit éventuel. Il s'analyse en une véritable vocation héréditaire analogue au droit de l'héritier réservataire et non pas en un droit conditionnel dont l'application pratique aboutit à des impossibilités juridiques. D'autre part, l'admission de la théorie du droit conditionnel dénature la substitution et permet à l'appelé, jeune et sans expérience, d'aliéner son droit à vil prix à un spéculateur dont la pensée sera tôt ou tard hantée par le *votum mortis*.

Il n'est qu'une hypothèse où, à notre avis, le pacte sur la succession d'autrui mériterait d'être consacré en législation, c'est pour remédier aux insuffisances de la donation-partage. Celle-ci exige par définition l'intervention du de cujus; c'est lui seul qui peut pren-

dre l'initiative de partager ses biens entre ses héritiers. Il serait parfois intéressant que ceux-ci pussent procéder, nonobstant l'indifférence de leur auteur, à la répartition du patrimoine familial, et cela dès avant l'ouverture de la succession. Supposons qu'un père commerçant ait conservé auprès de lui un de ses enfants et que l'autre exerce une profession libérale; il serait utile, pour leur permettre de prendre immédiatement des dispositions en vue de l'avenir, qu'une répartition de la fortune du père intervînt dès son vivant, afin d'apporter au fils commerçant la certitude que le fonds lui demeurera acquis. Ce partage anticipé n'épargnerait-il pas maintes déceptions et n'aurait-il pas pour effet salutaire de stimuler l'ardeur du fils commerçant à l'accroissement du fonds ? La convention, en tout état de cause, demeurerait fragile et indirectement le de cujus pourrait la détruire par des modifications apportées volontairement à sa fortune.

Si donc le législateur venait à envisager un jour la réforme de l'article 1130, dans un sens plus favorable à l'admission des pactes sur la succession d'autrui, cette réforme devrait être extrêmement prudente, extrêmement limitée dans son étendue, sous peine de faciliter la recrudescence des spéculations mercantiles et empreintes d'immoralité. Mais l'intervention du législateur n'est pas urgente et qui plus est, nullement indispensable au bon ordre de la société.

C) *Pactes de renonciation.*

C'est peut-être sous cette rubrique que la matière des pactes sur succession future s'ouvre le plus largement aux réformes législatives.

Non pas qu'il puisse sérieusement être question d'une résurrection plus ou moins complète des pactes de renonciation tels que les concevait l'Ancien Droit où la renonciation de la fille dotée, en échange d'un « chapel de roses » n'avait pour but que le renforcement du droit d'ainesse et du privilège de masculinité. Ces institutions n'ont plus actuellement qu'un intérêt historique et il n'est ni souhaitable, ni probable que le législateur en vienne un jour à les faire resurgir du passé. Bien que durant ces derniers mois, il ait été question de rétablir, partiellement, tout au moins, le droit d'ainesse afin d'éviter le morcellement des héritages agricoles, source de la dépopulation des campagnes et de l'exode vers les villes, nous ne pensons pas que le pacte de renonciation, envisagé sous cet aspect, corresponde en quelque manière à l'état des mœurs. L'ordre social demeure féru d'égalitarisme et la consécration de ce droit des parents d'exiger de leur fille, parfois mineure et dénuée d'expérience, une renonciation à ses droits de succession, moyennant le versement d'une dot, d'une valeur souvent dérisoire par rapport à sa part héréditaire, ne serait au *xx^e* siècle qu'un procédé odieux, susceptible de laisser libre cours à l'empire de la crainte révérentielle et des préférences familiales.

Mais si nous remarquons cependant que la renonciation anticipée ne doit être bannie que dans la mesure où elle poursuit un but politique, la résurrection des anciennes exclusions coutumières, nous devons en conclure que son mécanisme, envisagé intrinsèquement demeure correct et qu'il pourrait être employé à des fins

essentiellement favorables à la conservation du patrimoine familial ou à l'intérêt bien compris de chacun des successibles. Nous faisons allusion à la renonciation de l'ascendant donateur à son droit de retour légal, dont la nullité, de l'avis unanime, entraîne des conséquences extrêmement regrettables. Cette clause n'est pas immorale, elle est consentie par les ascendants en toute liberté d'autre part, elle n'est pas non plus dangereuse, car en aucun cas, elle n'est susceptible d'éveiller le « *votum mortis* » dans l'esprit d'une des parties. Elle ne justifie même pas le reproche de dépouiller la famille du prédécédé au profit de son conjoint survivant, puisqu'elle permet aux ascendants de conserver la nue-propriété des biens qui font l'objet de la renonciation. Enfin, c'est une institution à destination familiale, qui encourage le mariage et qui, à ce seul point de vue, présente une haute valeur sociale.

Il est donc indispensable en législation d'admettre la licéité de la renonciation au droit de retour et de réaliser tôt ou tard la modification de l'article 767 du Code Civil, telle que nous l'avons exposée précédemment (1).

Mais dans un champ d'application voisin, et dès 1905, M. NAST en faisait la remarque dans sa thèse, le pacte de renonciation pourrait être utilisé pour assurer la transmission des exploitations agricoles de moyenne importance. Le fils, associé à son père et demeuré à la terre tandis que ses frères et sœurs se sont établis en ville, verrait ses efforts récompensés et son ardeur à l'accroissement du fonds stimulé par la certitude de conserver par devers lui l'intégralité du domaine. La renonciation aurait lieu par acte notarié, afin d'entraver l'action de la crainte révérentielle, et les autres héritiers réservataires seraient remplis de leurs droits par le virement de soultes en argent, soit au comptant, soit à crédit suivant l'état de la succession, apprécié souverainement par le Tribunal. L'introduction de ces réformes exigerait sans doute l'abandon complet et définitif du principe de la réserve en nature. Mais n'est-ce pas la tendance moderne, amorcée par les modifications apportées en 1938 aux articles 826 et 832 du Code Civil ?

La réforme ainsi suggérée nous paraît préférable aux dispositions procédurales insérées dans les articles 815 et 832 par le décret-loi du 17 juin 1938, dispositions dont le champ d'action est extrêmement limité (2) et dont la mise en œuvre postérieure à l'ouverture de la succession présente le défaut capital de ne conférer aucune espérance ferme à l'héritier demeuré à la terre et d'interdire aux autres successibles de consolider leurs projets d'avenir. Il nous semble que pour comporter des effets socialement utiles, l'attribution du fonds, et d'une manière plus générale, le règlement des droits de chaque héritier, doit avoir lieu du vivant du de cujus, celui-ci en prenant d'ailleurs l'initiative. Or le moyen le plus direct d'aboutir à ce résultat consiste dans l'admission partielle des

(1) II^e Partie — Titre III — chapitre I — section II.

(2) A l'heure où nous écrivons, la hausse du prix de la terre fait qu'un domaine de 400.000 fr. (valeur maxima du fonds d'après la loi du 20 juillet 1940) ne peut être raisonnablement classé parmi les exploitations de moyenne importance.

pactes de renonciation, mais nous insistons sur ce point, dans la seule mesure où l'intérêt de la famille, et non pas un souci d'ordre politique, est envisagé. C'est pour cela que nous estimons nécessaire la rédaction d'un acte notarié et l'intervention du tribunal dans l'aménagement du paiement des soultes.

Celles-ci deviendraient immédiatement exigibles au cas de vente du fonds par l'héritier bénéficiaire des renonciations; il serait même loisible d'envisager l'établissement d'une inaliénabilité temporaire du fonds, de manière à renforcer la solidité de l'institution.

Sans doute les héritiers renonçants peuvent être amenés à regretter leur geste si par la suite la fortune du de cujus s'accroît. Cet enrichissement ne profitera qu'au bénéficiaire des renonciations et nous reconnaissons qu'à ce titre l'opération comporte un certain risque à l'égard des renonçants. Mais ce risque est compensé par la réception immédiate du prix de la renonciation, c'est-à-dire de la soulte, grâce à laquelle les enfants renonçants pourront s'établir ou fonder un foyer. Enfin la fortune du de cujus au lieu de s'accroître peut diminuer, le fonds peut être vendu, au préjudice du seul fils demeuré à la terre, qui assistera, impuissant, à l'anéantissement de ses espérances, sans que la situation des renonçants en soit modifiée. Ce qui, dans un sens, est un risque pour ceux-ci peut, dans d'autres circonstances, devenir une source d'enrichissement.

Nous proposons d'ailleurs de ne pas faire entièrement abstraction du *votum mortis* et, à cette fin, de maintenir la prohibition en tant qu'elle frappe les pactes de renonciation qui dissimulent un véritable marché entre les héritiers et qui, bien loin d'être inspirés par des soucis d'ordre familial, ne sont que le moyen déguisé de réaliser une spéculation immorale. C'est une hypothèse que nous avons eu l'occasion de rencontrer au cours de nos études (1) : un héritier renonçant à l'universalité de ses droits dans la succession de sa mère encore vivante, en échange d'avantages à lui concédés dans le règlement de la succession d'un de ses frères prédécédé. L'opération est alors justement qualifiée de marché et il est probable que le *votum mortis* viendra, tôt ou tard, s'allumer dans la pensée du bénéficiaire de la renonciation, qui, en contre-partie d'un abandon de droits actuels, n'acquiert que l'espérance fragile de venir seul à la succession de sa mère.

Ce n'est donc pas une réforme brutale des articles 791 et 1130 que nous proposons, mais des modifications raisonnables nuancées, soucieuses avant toute chose de se conformer à « l'esprit collectif » et au bon ordre social.

*
**

Nous venons de brosser un tableau général de l'état de la théorie des pactes sur succession future à l'époque contemporaine et nous ne pensons pas nous être montré présomptueux en la qualifiant dans l'introduction de notre ouvrage « de dynamique ».

(1) II^e Partie — Titre III — chapitre I — section 2.

Requêtes 19 février 1929 — S. 1929 1 — 270.

Incontestablement, la matière des pactes sur succession future est une des plus anciennes qui soient; fruit de la civilisation romaine, elle a subi à l'époque féodale, un profond déclin, et au xiv^e siècle, les efforts des Romanistes ont été impuissants à restaurer son éclat d'antan. Ce n'est qu'à la suite de la Révolution française que les idées égalitaires ont provoqué en sa faveur un regain d'actualité qui s'est traduit par l'insertion dans le Code Civil des articles 791 et 1130.

L'évolution de la prohibition des pactes sur succession future est donc étroitement liée à l'état des mœurs; nous avons insisté sur cette idée qu'elle prend place sur le plan de l'opportunité sociale et non de la technique juridique. La convention prohibée est en soi parfaite, mais pour des raisons d'intérêt général, le législateur estime devoir la bannir du droit positif.

Or, la jurisprudence contemporaine nous permet d'assister à une véritable dénaturation de la théorie des pactes sur succession future. Le juge ne cherche plus à s'attacher aux motifs de la prohibition qu'il estime parfaitement désuets, il s'en tient à ce que M. GAUDEMET qualifiait si justement de « novation » au seul critère du pacte prohibé. Du seul fait de la présence des éléments conventionnel, successoral et éventuel, il déclare la convention suspecte frappée de nullité absolue, sans s'efforcer en aucune manière de discerner quelle peut être son utilité sociale. Il suffit de songer à la jurisprudence sur la clause commerciale ou sur la renonciation par l'ascendant donateur à son droit de retour légal.

En réalité la raison d'être, en droit positif, de la prohibition des pactes sur succession future est liée étroitement à la valeur des motifs invoqués traditionnellement à son appui. Dès lors que ces motifs ne sont plus le reflet rigoureux de l'état des mœurs, le législateur doit intervenir pour assouplir, sinon pour supprimer, un principe juridique dont l'étude théorique demeure du plus haut intérêt, mais dont les racines profondes ne sont plus que la survivance d'un passé à jamais révolu.

Vu

Le Président de la Thèse :

ANDRÉ ROUAST

Vu

Le Doyen :

GEORGES RIPERT

Vu et Permis d'Imprimer

Le Recteur de l'Université de Paris :

GILBERT GIDEL

BIBLIOGRAPHIE

I. — DROIT ROMAIN.

- ACCARIAS. — *Précis de Droit Romain*, 2 volumes, 4^e édition, Paris 1891.
CUQ. — *Les Institutions juridiques des Romains*, 2 volumes, Paris, 1891-1902.
GIRARD. — *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 1 volume, 2^e édition, 1898.
MONIER. — *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 2 volumes, 2^e édition, 1940.

II. — ANCIEN DROIT.

A) *Ouvrages anciens.*

- COQUILLE. — *La Coutume de Nivernais*, 1 vol. édition Dupin, 1864. *Questions et réponses sur les coutumes de France*, 1 vol. 1634.
FURGOLÉ. — Ordonnance de Louis XV pour fixer la jurisprudence sur les donations, 1761.
Recueil des questionstions de jurisprudence, 1749.
LAURIÈRE. — *Traité des Institutions et substitutions contractuelles*, 2 vol., 1715.
LEBRUN. — *Traité des Successions*, 2 vol., 1775.
POTHIER. — *Œuvres*, éd. Beugnet, 10 vol., 1890.
RICARD. — *Traité des Donations entre vifs et testamentaires*, 2 vol., 1754.
THAUMASSIÈRE. — *Questions sur la coutume de Berry*, 1 vol., 1691. *Nouveaux commentaires sur les coutumes de Berry*, 1701.

B) *Ouvrages modernes.*

- BRISAUD. — *Cours d'Histoire Générale du Droit Français*, 2 vol., éd. 1935.
DAINVILLE. — *Les Pactes successoraux dans l'Ancien Droit français*, thèse, Paris, 1905.
FABRE. — *Les successions testamentaires et ab intestat en pays de Droit écrit*, thèse, 1930.
GUERIN. — *Les Renonciations à succession future dans l'Ancien Droit français*, thèse, Paris, 1931.
LE POINTE. — *Les successions dans l'Ancien Droit*, Paris, 1939.
MAURY. — *Etude historique sur l'Institution contractuelle*, thèse, Caen, 1902.

MEYNIAL. — *Les Renonciations au Moyen-Age et dans notre Ancien Droit*, N. R. H., 1900.

VILLEDEY-GERARD. — *Le Droit successoral dans les coutumes de Bourbonnais*, thèse 1933.

VIOLLET. — *Histoire du Droit Civil Français*, éd. 1893.

III. — DROIT INTERMEDIAIRE.

JAU'NEAU. — *La législation successorale de la Révolution*, thèse, Paris, 1892.

SAGNAC. — *La Législation Civile de la Révolution française*, 1 vol., 1898.

IV. — DROIT MODERNE.

A) *Traité*s Généraux.

AUBRY et RAU. — 5^e édition T. IV et IX.

BEUDANT. — T. V. *Les successions « ab intestat »*, par LE BALLE.

DALLOZ. — *Rép. prat. V^e Successions*, n° 123 et suiv.

DEMOGUE. — *Traité des Obligations* T. II, n° 849 et suiv.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de Droit Civil français*. — T. IV. *Les Successions*, par MAURY et VILLETON. — T. VI. *Les Obligations*, par ESMEIN.

B) *Thèses*.

BOSQUAT (Jean). — *La Réforme des Partages d'ascendants par la loi du 7 février 1938*, Paris, 1939.

BOUZAT. — *Droits de l'appelé et du grevé dans les substitutions permises*, Paris, 1931.

CHAMPEAUX. — *Etudes sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit*, Strasbourg, 1931.

CHOL. — *La clause d'accroissement*, Lyon, 1933.

GUYENOT. — *Du contrat comme mode de transmission successorale*, Dijon, 1906.

HELIE. — *La donation de biens présents et à venir*, Paris, 1898.

LAFARGE. — *La donation cumulative de biens présents et à venir*, Paris, 1904.

LESGUILLIER. — *La réforme du partage d'ascendant de 1938*, Paris, 1941.

MALLET (Paule). — *La renonciation à succession*, Paris, 1931.

MAUX. — *Contribution à l'étude des pactes sur succession future*, Toulouse, 1931.

MORIN. — *Les Pactes sur succession future en droit positif moderne*, Paris, 1931.

NAST. — *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, Paris, 1905.

PASCAU. — *La prohibition des pactes sur succession future*, Paris, 1907.

TRECA. — *Des donations mutuelles entre époux par un seul et même acte*, Paris, 1904.

WEILL (Mlle). — *Du droit des héritiers à leur réserve en nature*, Paris, 1934.

ZIMMERMANN. — *Des limites extra-légales de la prohibition des pactes sur succession future*, Nancy, 1935.

C) *Articles de recueils et revues périodiques.*

CAPITANT. — La prohibition des pactes sur succession non ouverte. (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933).

DEYZAC (Frank). — *Journal des Notaires*, 1933, p. 219, 1935, p. 297.

DURAND (J.-P.). — La clause d'accroissement. (*Revue critique*, 1934).

GENY. — La clause commerciale (*Revue critique*, 1927. *Semaine juridique*, 1928).

GUISAN. — Recherche théorique de la limite entre le contrat et l'acte à cause de mort. (*Recueil des travaux de l'Université de Lausanne*, 1934).

JACTAT. — La clause commerciale. (*Journal des notaires*, 1933, p. 211). — Stipulations relatives à la part sociale d'un associé prédécédé. (*Recueil civil des juristes*, 1934, p. 634).

MOREAU. — De l'interprétation de l'article 918. (*Semaine juridique*, 1929, p. 1203).

NAST. — Defresnois. (*Répertoire périodique*, 1928, art. 21759; 1929, art. 21939; 1931, art. 22858; 1932, p. 77; 1937, p. 409).

SAVATIER. — *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1928, p. 458; 1929, p. 1127).

SOLUS. — L'arrêt du 11 janvier 1933. (*Déf. Rép.* 1933 art. 23444).

Etudes sur la clause commerciale : Journées de Droit Civil de Mons, en hommage à Henri CAPITANT, Paris, Sirey, 1939.

D) *Notes de jurisprudence.*

1. — *Clause commerciale.*

Notes CAPITANT : D. P. 1929-2-105; 1931-2-1; 1933-1-10; 1934-2-11.

Notes GENY : S. 1929-2-97; 1933-1-161.

2. — *Pactes sur succession future dans les actes de société.*

Notes CAPITANT : D. P. 1931-2-4; D. P. 1936-2-89.

Note GENY : S. 1930-2-57.

Note NEUBURGER : S. 1936-2-105.

Note ESMEIN : S. 1935-1-17.

Note CORDONNIER : *Journal des Sociétés*, p. 536.

Note ROUSSEAU : S. 1937-1-199.

Note BESSON : D. P. 1937-1-73.

3. — *Clause d'accroissement.*

Note VILLETON : S. 1929-1-137

Note NAST : D. P. 1930-2-81.

Note GUYOT : S. 1930-2-9.

4. — *Conventions de l'appelé sur son droit.*

Note NAQUET : S. 1922-1-25.

Notes PLASSARD: D. P. 1925-1-189. D. P. 1928-2-9.

5. — *Mandat d'accepter une succession ou d'y renoncer.*

Note BATTIFOL: S. 1937-1-289.

6. — *Pactes de renonciation.*

Note WALH: S. 1899-1-519.

Notes LYON-CAEN: S. 1873-2-129; 1904-1-65; 1901-1-433.

Note SARRUT: D. P. 1901-1-537.

Note GENY: Pandectes françaises 1903-1-497.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

Introduction	5
 PREMIERE PARTIE. — Historique — Caractères et fondement de la prohibition	 9
CHAPITRE I. — Historique de la prohibition	9
— <i>Section I.</i> — Le Droit Romain	10
§ 1. — La formation de la théorie des pactes sur succession future.	10
§ 2. — L'étendue de la prohibition en droit classique	11
I. — Pactes sur la succession d'autrui	11
II. — Pactes sur sa propre succession	12
III. — Pactes de renonciation	13
§ 3. — Les motifs de la prohibition en droit romain	13
§ 4. — Les exceptions à la prohibition	13
— <i>Section II.</i> — Les pactes sur succession future dans l'Ancien Droit	18
§ 1. — Le Droit germanique	18
§ 2. — Le Droit féodal et l'influence des Romanistes	20
§ 3. — Le dernier état du Droit coutumier	21
— <i>Section III.</i> — La législation intermédiaire	23
— <i>Section IV.</i> — La législation du Code Civil	24
 CHAPITRE II. — Les éléments constitutifs du pacte sur succession future d'après la doctrine classique	 28
§ 1. — L'élément <i>conventionnel</i>	28
§ 2. — L'élément <i>successoral</i>	29

§ 3. — L'élément <i>éventuel</i>	33
1. — Effets du contrat à l'égard du bénéficiaire	33
2. — La nature intime du droit conféré par le pacte sur succession future	35
3. — Pactes prohibés et stipulations <i>post mortem</i>	36
CHAPITRE III. — Les motifs invoqués à l'appui de la prohibition et leur valeur actuelle	40
— <i>Section I.</i> — Le fondement classique de la prohibition	40
— <i>Section II.</i> — La valeur de ce fondement en droit positif	42
§ 1. — Le fondement <i>moral</i>	42
§ 2. — Le fondement <i>économique</i>	44
§ 3. — Le fondement <i>juridique</i>	45
§ 4. — Le fondement <i>politique</i>	46
DEUXIEME PARTIE. — Les applications modernes de la prohibition des pactes sur succession future	51
TITRE I. — Pactes sur sa propre succession	53
CHAPITRE I. — La clause commerciale	53
§ 1. — La position du problème	53
1. — Fonds dépendant de la communauté	54
2. — Fonds propres au prédécédé	55
§ 2. — Nature juridique de la clause commerciale	57
I. — La clause commerciale peut-elle s'analyser en une disposition à titre gratuit ?	57
II. — La clause commerciale, promesse de vente <i>post mortem</i>	58
III. — La clause commerciale est-elle un pacte sur succession future	60
§ 3. — Remèdes apportés en pratique à la nullité	62
I. — Contrats anciens contenant la clause commerciale	62
II. — Contrats de mariage à venir	64
CHAPITRE II. — Les pactes sur succession future dans les actes de société.	66
— <i>Section I.</i> — Dans les sociétés de personnes	67
§ 1. — Clauses relatives à la continuation de la société après le décès d'un associé	68

Sous § 1. — L'interprétation restrictive de l'article 1868 du Code Civil	68
A). — Continuation entre les seuls survivants	68
B). — Continuation avec les héritiers du prédécédé	69
Sous § 2. — Continuation de la société avec un seul héritier ou quelques-uns d'entre eux	70
I. — Thèse de la nullité	71
a. — La clause est une stipulation pour autrui	71
b. — Dans les rapports respectifs des associés, la clause s'analyse en un pacte sur succession future	72
II. — Thèse de la validité	73
a) Réfutation de l'idée de stipulation pour autrui	73
b) Réfutation de l'idée de pacte sur succession future	74
III. — Discussion générale de la validité de la clause	75
§ 2. — Clauses relatives à la fixation de la part d'un associé prédécédé	78
Sous § 1. — En quoi consistent les clauses d'évaluation	78
Sous § 2. — Nature juridique de ces clauses	79
Sous § 3. — L'attitude et la valeur de la jurisprudence	80
— <i>Section II.</i> — Les pactes sur succession future dans les sociétés de capitaux	82
§ 1. — La position du problème	83
§ 2. — Nature juridique de la clause de préemption	84
CHAPITRE III. — La promesse de vente réalisable lors du décès du promettant	87
— <i>Section I.</i> — Le délai d'option court pendant le bail et se prolonge après le décès du bailleur	87
— <i>Section II.</i> — Le délai court seulement après le décès du bailleur	89
— <i>Section III.</i> — La clause d'inaliénabilité viagère stipulée dans une convention intervenue entre successibles	90
CHAPITRE IV. — La clause d'accroissement	93
— <i>Section I.</i> — Aperçu historique et critique de la clause	94
§ 1. — Origine	94
§ 2. — Intérêt et inconvénients	94
§ 3. — Les deux formes de la clause d'accroissement	96
— <i>Section II.</i> — La clause d'accroissement pure et simple	96
§ 1. — L'arrêt du 24 janvier 1928	96

§ 2. — Nature juridique de la clause d'accroissement pure et simple	98
1). — Est-ce un acte à titre onéreux ou à titre gratuit ?	99
2). — Quelle est la nature de ce contrat à titre onéreux ?	100
3). — Est-ce un pacte sur succession future ?	103
— <i>Section III.</i> — La clause d'accroissement affectée d'une condition résolutoire	106
§ 1. — Comment la clause s'est-elle présentée en pratique ?	106
§ 2. — Analyse juridique de la clause	107
1). — Acte à titre onéreux ou à titre gratuit ?	107
2). — Est-ce un pacte sur succession future ?	108
§ 3. — La clause est-elle prohibée par l'article 815 ?	110
— <i>Section IV.</i> — L'admission de nouveaux participants au bénéfice de la clause d'accroissement	111
§ 1. — Substitution d'un tiers à l'un des participants	111
A). — Conditions de la cession	112
B). — Effets de la cession	112
§ 2. — Admission en surnombre de nouveaux bénéficiaires	113
A). — Cession par tous les co-acquéreurs	113
B). — Cession d'une part indivise avec clause d'accroissement commune aux acquéreurs nouveaux et primitifs	114
CHAPITRE V. — La donation avec dispense partielle de rapport	117
— <i>Section I.</i> — Les données du problème	118
— <i>Section II.</i> — Discussion des arguments proposés à l'appui de la nullité	120
§ 1. — Etude de l'élément successoral	120
§ 2. — Nature juridique de l'opération	122
— <i>Section III.</i> — A quel moment et en quelles formes peut intervenir la dispense partielle de rapport	124
Conclusion sur les pactes de succedendo	125
TITRE II. — Pactes sur la succession d'autrui	129
CHAPITRE I. — Les conventions portant sur les droits résultant d'une substitution	131
— <i>Section I.</i> — Notions générales sur les substitutions	131
§ 1. — Définition	131

§ 2. — Motifs de la prohibition	132
§ 3. — Comment se pose le problème du pacte successoral ?	134
— <i>Section II.</i> — Théorie du droit conditionnel	134
§ 1. — Les faits et leur interprétation	135
§ 2. — Conséquences quant au droit des appelés	136
§ 3. — Critique de la théorie du droit conditionnel	138
Sous § 1. — Critiques d'ordre d'historique	139
Sous § 2. — Critiques d'ordre juridique	140
Sous § 3. — Critiques d'ordre social et moral	142
— <i>Section III.</i> — Théorie du droit successoral	144
§ 1. — Application au droit de l'appelé	145
§ 2. — Valeur de la théorie du droit successoral	147
 CHAPITRE II. — L'intervention anticipée des successibles dans le régle- ment de la succession de leur auteur	 148
§ 1. — Les aspects généraux du pacte prohibé	149
§ 2. — Hypothèse d'une intervention passive	151
§ 3. — Hypothèse d'une intervention active	154
 CHAPITRE III. — Le mandat d'accepter une succession ou d'y renoncer ..	 157
§ 1. — La position du problème	158
§ 2. — Analyse juridique du mandat facultatif	158
§ 3. — Enseignements à déduire de la jurisprudence	159
 <i>TITRE III.</i> — Les Pactes de renonciation	 161
 CHAPITRE I. — Les renonciations conventionnelles en général	 164
— <i>Section I.</i> — Nature juridique des renonciations conventionnelles intervenues après le décès du de cujus	 165
— <i>Section II.</i> — Renonciations portant sur une universalité	167
§ 1. — La renonciation de l'ascendant donateur à son droit de retour légal	168
1). — L'affaire ROUX-MENARD	168
2). — Les procédés de remplacement	170
A. — Réforme législative	171
B. — Procédés utilisés en pratique	171
§ 2. — Existe-t-il d'autres renonciations universelles ?	172
— <i>Section III.</i> — Renonciations portant sur un droit déterminé ..	174

§ 1. — Etude de quelques exemples récents	175
A). — Renonciation à l'exercice de l'action en retranchement.	175
B). — Renonciation à l'action en réduction et à l'action en rapport	176
§ 2. — Nature juridique de la convention litigieuse	178
CHAPITRE II. — La condition de renoncer jointe à une donation ou à un legs	180
§ 1. — Thèse de la validité	181
§ 2. — Thèse de la nullité	183
§ 3. — Thèse mixte	183
I. — Cas d'une donation	183
II. — Cas d'un legs	186
CHAPITRE III. — La renonciation au droit résultant d'une institution contractuelle	189
§ 1. — Nature juridique du droit de l'institué	190
§ 2. — L'achat par l'institué d'un bien compris dans l'institution.	191
§ 3. — Quid d'une renonciation directe ?	192
§ 4. — L'institué peut-il consentir aux libéralités faites par l'instituant ?	193
APPENDICE	
— Nature et étendue de la nullité	195
— Section I. — Nature de la nullité	195
A). — Conséquences quant à la confirmation	197
B). — Conséquences quant à la prescription	199
— Section II. — Etendue de la nullité	199
1). — Hypothèse d'une convention portant à la fois sur une succession à venir et sur une succession ouverte	200
2). — Hypothèse d'une intervention des héritiers	201
CONCLUSION GENERALE	203
§ 1. — Le critère moderne du pacte sur succession future	203
§ 2. — De l'opportunité d'une réforme législative	209
A. — Pactes sur sa propre succession	209
B. — Pactes sur la succession d'autrui	212
C. — Pactes de renonciation	214
BIBLIOGRAPHIE	219

